

(١١٥٦)

الإجبار

صور ومسائل وأحكام

من مصنفات الفقه

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٥هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

"واستحب ابن حبيب أن ينوي الفطر ، وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيامه لهذا وأشباهه ، ولا يظهر ، والصواب أن هذا هو الواجب عليه أن يفعله ، وإن كان مخالفا لظاهر الروايات ، لأن الصوم من أفعال القلوب ، فلا يحل له أن ينوي الصوم وهو يعلم أن ذلك عليه حرام ، وبالله التوفيق .مسألةوسئل ابن القاسم عن الذي يطلق امرأته وهي حائض ولا تعلم ، ولا يرتجع حتى تطهر من الحيضة ، فيطلقها وهي حائض طاهر منها ، ثم تعلم به أيجير على الرجعة ؟ قال : نعم ، يجبر على الرجعة ما لم تنقص العدة من الطلاق الأول ، ثلاث حيض ، إلا أن يكون قد ارتجع بعد طلاقه إياها وهي حائض ، ثم طلقها بعد ذلك وهي طاهر حين طهرت فيها أو من بعد ذلك ، فهذا لا يجبر على الرجعة ولا رجعة عليه ، قيل لابن القاسم : أرأيت إذا قال : لا أرتجع ، ما يصنع به السلطان ؟ قال : يجبره ، قلت لابن القاسم : وكيف ذلك **الإجبار** ؟ أيقضي عليه بالرجعة ويشهد على القضية عليه بذلك ، وتكون الرجعة ، وتكون امرأته بتلك الرجعة أبدا حتى أن خرجت من العدة وماتا توارثا ، إلا أن يحدث طلاقا بعد ذلك ؟ قال : نعم .قال محمد بن رشد : قوله أن المطلق في الحيض يجبر على الرجعة وأن طلقها بعد أن طهرت من تلك الحيضة صحيح بين في المعنى ، لأن هذه الطلقة الثانية لا عدة لها ولا تهدم عدة الطلاق الأول ، فوجب أن يجبر على الرجعة ما لم تنقض العدة على مذهب ابن القاسم ، أو ما لم تطهر من الحيضة الثانية على مذهب أشهب ، وقال : أنه أن أبا الرجعة بجبر عليها ، **والإجبار** بكون بأن يقضي عليه بها ، ويشهد على القضية ، فظاهر هذا أنه لا يضرب ولا يسجن خلاف ما حكي ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب أنه يهدد ، فإن أبا سجن ، فإن أبي ضرب ، ويكون ذلك كله في موضع واحد ، لأنه مقيم على." (١)

"رقيقا كما إذا قال : إن دخلت الدار فأنت حر فمات قبل أن يدخل .قوله : (فإن أحضر المال أجبر المولى على قبضه وعتق العبد) هذا راجع إلى قوله : إذا أديت إلي ألفا فأنت حر أما في قوله أنت حر على ألف فيعتق بالقبول قبل أداء المال ومعنى **الإجبار** في هذه المسألة ، وفي غيرها أنه ينزل قابضا بالتخلية بحيث يتمكن المولى من قبضه ، ولو أدى البعض يجبر المولى على قبضه إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط فإن أبرأه المولى عن البعض أو عن الكل لا يبرأ أو لا يعتق بخلاف المكاتب ، ولو أدى العبد المال من مال اكتسبه قبل هذا القول عتق وكان للمولى أن يرجع عليه بمثله لأن شرط العتق وجود الأداء وقد وجد فعتق به وإنما رجع عليه بمثله لأن المال الذي اكتسبه قبل العتق مال المولى فإذا أداه صار كأنه أدى مالا مغصوبا قال في الهداية : الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس لأنه تخيير للعبد

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٤٦٤/٥

فكأنه قال : أنت حر إن شئت فيقف على المجلس .وفي قوله : إذا أديت لا يقتصر على المجلس لأن إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى قال في الينابيع إذا قال : أد إلي ألفا أنت حر عتق في الحال أدى أو لم يؤد وإن قال : أنت حر وعليك ألف عتق في الحال ولم يلزمه شيء قبل أو لم يقبل عند أبي حنيفة .وقال أبو يوسف ومحمد إن قيل عتق ولزمه الألف وإن لم يقبل لا يعتق وإن قال له أنت حر على أن تخدمني أربع سنين فقبل عتق ولزمه أن يخدمه أربع سنين فإن مات المولى قبل الخدمة." (١)

" (قال) رضي الله تعالى عنه اعلم أن كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين فهو جائز فيما بين أهل الذمة لأنهم يعتقدون جوازه ونحن نعتقد ذلك في حقهم أيضا فإن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال بعثت إلى الأحمر والأسود وخطاب الواحد خطاب الجماعة فما توافقنا في اعتقاده يكون ثابتا في حقهم فإما ما لا يجوز بين المسلمين فهو أنواع منها النكاح بغير شهود فإنه جائز بين أهل الذمة يقرون عليه إذا أسلموا عندنا

وقال زفر – رحمه الله تعالى – لا يتعرض لهم في ذلك إلا أن يسلموا أو يترافعوا إلينا فحينئذ يفرق القاضي بينهم لقوله تعالى ﴿ وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ﴾ ولأنهم بعقد الذمة صاروا منا دارا والتزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات فيثبت في حقهم ما هو ثابت في حقنا ألا ترى أن حرمة الربا ثابتة في حقهم بهذا الطريق فكذلك حرمه النكاح بغير شهود ولكنا نقول نعرض عنهم لمكان عقد الذمة لا لأنا نقرهم على ذلك كما نتركهم وعبادة النار والأوثان على سبيل الإعراض لا على سبيل التقرير والحكم بصحة ما يفعلون ولا نعرض عنهم في عقد الربا لأن ذلك مستثنى عن عقد الذمة قال – صلى الله عليه و سلم – إلا من أربى فليس بيننا وبينه عقد . ويروى عهد . وكتب إلى بني نجران إما أن تدعوا الربا أو فأذنوا بحرب من الله ورسوله . وحجتنا في ذلك أن الإشهاد على النكاح من حق الشرع وهم لا يخاطبون يحقوق الشرع بما هو أهم من هذا ولأن النكاح بغير شهود يجوزه بعض المسلمين ونحن نعلم أنهم لم يلتزموا أحكام الإسلام بجميع الاختلاف ثم من المنزل أن يترك أهل الكتاب وما يعتقدون إلا ما استثني عليهم وإن حكم خطاب الشرع في حقهم كأنه غير نازل لاعتقادهم خلاف ذلك ألا ترى أن الخمر والخنزير يكون مالا متقوما في حقهم ينفذ تصرفهم فيهما بهذا الطريق فكذا ما نحن فيه بخلاف الشرك فإن ذلك لم يحل قط ولن يحل قط وإذا انعقد انعقد فيما بينهم صحيحا بهذا الطريق فما بعد المرافعة والإسلام حال بقاء النكاح والشهود شرط ابتداء النكاح لا شرط البقاء فأما إذا تزوج ذمية في عدة ذمي جاز النكاح

---

(١) الجوهرة النيرة، ٤/٤٠٦

في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – حتى لا يفرق بينهما وأن أسلما أو ترافعا وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – يفرق لأن النكاح في العدة مجمع على بطلانه فيما بين المسلمين فكان باطلا في حقهم أيضا ولكن لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة فإذا ترافعوا أو أسلموا وجب الحكم فيهم بما هو حكم الإسلام كما في نكاح المحارم فأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى من أصحابنا من يقول العدة لا تجب من الذمي لأن وجوبها لحق الشرع أو لحق الزوج ولا يمكن إيجابها لحق الشرع هنا لأنهم لا يخاطبون بذلك ولا لحق الزوج لأنه لا يعتقد ذلك فإذا لم تجب العدة كان النكاح صحيحا ومنهم من يقول العدة واجبة ولكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا وبعد المرافعة أو الإسلام الحال حال بقاء النكاح والعدة لا تمنع بقاء النكاح كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة وهذا بخلاف ما إذا كانت معتدة من مسلم لأن تلك العدة قوية واجبة حقا للزوج فأما إذا تزوج ذات رحم محرم منه من أم أو بنت أو أخت فإنه لا يتعرض له في ذلك وإن علمه القاضي ما لم يترافعوا إليه إلا في قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – الآخر وذكر في كتاب الطلاق أنه يفرق بينهما إذا علم بذلك لما روى أن عمر – رضي الله تعالى عنه – كتب إلى عماله أن فرقوا بين المجوس وبين محارمهم وامنعوهم من الرمرمة إذا أكلوا ولكنا نقول هذا غير مشهور وإنما المشهور ما كتب به عمر بن عبدالعزيز إلى الحسن البصري – رضي الله تعالى عنهما – ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وماهم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب إليه إنما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وإنما أنت متبع وليس بمبتدع والسلام . ولأن الولاة والقضاة من ذلك الوقت إلى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم أنهم يباشرون ذلك ثم قال أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – لهذه الأنكحة فيما بينهم حكم الصحة ولهذا قال يقضي لها بنفقة النكاح إذا طلبت ولا يسقط إحصانه إذا دخل بها حتى إذا أسلم يحد قاذفه

وقال أبو يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – هو باطل في حقهم ولكنا لا نتعرض لهم في ذلك لمكان عقد الذمة وهذا لأن الخطاب بحرمة هذه الأنكحة شائع في دار الإسلام وهم من أهل دار الإسلام فيكون الخطاب ثابتا في حقهم لأنه ليس في وسع المبلغ التبليغ إلى كل واحد وإنما في وسعه جعل الخطاب شائعا فيجعل شيوع الخطاب بمنزلة البلوغ إليهم ولكن لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة ألا ترى أنهم لا يتوارثون بهذه الأنكحة ولو كانت صحيحة في حقهم لتوارثوا بها وأما الخمر والخنزير فقد قيل الحرمة بخطاب خاص في حق المسلمين وهو قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ فهل أنتم منتهون ﴾ وقيل ليس من ضرورة الحرمة سقوط المالية والتقوم فالمال قد يكون حراما

وقد يكون حلالا وإنما تنبني المالية على التمول وهم يتمولون ذلك فأما من ضرورة حرمة المحل بطلان النكاح وقد ثبتت الحرمة في حقهم كما بينا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لو تزوج مجوسية صح بالإتفاق والمجوسية محرمة النكاح بخطاب الشرع كذوات المحارم وإنما حكمنا بجوازه بينهم لأن الخطاب في حقهم كأنه غير نازل فإنهم يكذبون المبلغ ويزعمون أنه لم يكن رسولا وقد انقطعت ولاية الالزام بالسيف أو بالمحاجة لمكان عقد الذمة فصار حكم الخطاب قاصرا عنهم وشيوع الخطاب إنما يعتبر في حق من يعتقد كون المبلغ رسولا فإذا اعتقدوا ذلك بأن أسلموا ثبت حكم الخطاب في حقهم فأما قبل ذلك لما قصر الخطاب عنهم بقي حكم المنسوخ في حقهم ما لم يثبت الناسخ كما بقي حكم جواز الصلاة إلى بيت المقدس في حق أهل قباء لما لم يبلغهم الخطاب بالتوجه إلى الكعبة فإذا ثبت حكم صحة الأنكحة بهذا الطريق ثبت به ما هو من ضرورة صحة النكاح كالنفقة وبقاء الإحصان

وأما الميراث فليس استحقاق الميراث من ضرورة صحة النكاح فقد يمتنع التوارث بأسباب كالرق واختلاف الدين مع أن التوارث إنما يستحق الميراث على المورث بعد موته وحكم اعتقاده بخلاف الشرع سقط اعتباره بالموت لعلمنا أنه قد تيقن بذلك ولما أشار الله تعالى إليه في قوله : ﴿ وإن من أهل الكتاب إلا ليؤمنن به قبل موته ﴾ . فلا يكون اعتقاد الوارث معتبرا في الاستحقاق عليه فلهذا لا يرثه بخلاف النفقة في حال الحياة وبقاء الإحصان إذا ثبتت هذه القاعدة

فنقل عند أبي حنيفة أن رفع أحدهما الأمر إلى القاضي وطلب حكم الإسلام لم يفرق بينهما إذا كان الآخر يأبى ذلك وعندهما يفرق بينهما لأن أصل النكاح كان باطلا ولكن ترك التعرض كان للوفاء بعقد الذمة فإذا رفع أحدهما الأمر وانقاد لحكم الإسلام كان هذا بمنزلة ما لو أسلم أحدهما ولو أسلم أحدهما فرق القاضي بينهما فكان إسلام أحدهما كإسلامهما فكذلك رقع أحدهما إليه كمرافعتهما وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول أصل النكاح كان صحيحا فرفع أحدهما إلى القاضي ومطالبته بحكم الإسلام لا يكون حجة على الآخر في إبطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده يكون معارضا لاعتقاد الآخر فبقى حكم الصحة على ما كان بخلاف ما إذا أسلم أحدهما فإن الإسلام يعلو ولا يعلى فلا يكون اعتقاد الآخر معارضا لإسلام المسلم منهما وبخلاف ما إذا رفعا لأنها انقادا لحكم الإسلام فيثبت حكم الخطاب في حقها بانقيادهما له وإليه أشار الله تعالى في قوله : فإن جاؤك فاحكم بينهم

فتكون مرافعتهما كإسلامهما وبعد إسلامهما يفرق بينهما لأن المحرمية كما تنافي ابتداء النكاح تنافي البقاء بعد ما انعقد صحيحا كما لو اعتراضت المحرمية في نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة

(قال) وإذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير بعينه أو بغير عينه فهو جائز ولا مهر لها غير ما سمى لأن شرط صحة التسمية كون المسمى مالا متقوما والخمر والخنزير مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاء في حقنا وإن تزوجها على ميتة أو دم أو غير شيء فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لأنهم لا يتمولون الميتة والدم كما لا يتمولهما المسلمون ولو كان المسلم هو الذي تزوج امرأة بهذه الصفة كان لها مهر مثلها فكذلك الذمي وقيل هذا قولهما إما على قول أبي حنفية – رحمه الله تعالى – لا شيء لها إذا كانوا يدينون بالنكاح بغير مهر إلى هذا يشير في الجامع الصغير والخلاف مشهود فيما إذا تزوجها على أن لا مهر لها عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – لا يجب المهر وإن أسلما وعندهما لها مهر مثلها وهو بناء على ما ذكرنا في الأصل فإن تقييد الإبتغاء بالمال ثبت بخطاب الشرع فعندهما يكون ثابتا في حق أهل الذمة لشيوع الخطاب في دار الإسلام وكونهم من أهلها واشتراطهم بخلاف ذلك باطل إلا إنه لا يتعرض لهم ما لم يسلموا أو يرفع أحدهم الأمر إلى القاضي بخلاف أهل الحرب فإن الخطاب غير شائع في دار الحرب ولأن الحربية محل للتملك بالقهر فيتمكن من إثبات ملك النكاح عليها بغير عوض بخلاف الذمية

وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول حكم هذا الخطاب قاصر عنهم من الوجه الذي قلنا فصح الشرط ووجب الوفاء به ما لم يسلموا وبعد الإسلام أو المرافعة الحال حال بقاء النكاح والمهر ليس بشرط بقاء النكاح فكان هذا والنكاح بغير شهود سواء فإما إذا سكتا عن ذكر المهر فكذا في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – لأن تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض إلا بالشرط وفي الرواية الأخرى يجب لأن النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع فيما بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض كان العوض مستحقا لها وكذلك عند تسمية الميتة والدم لأن ذلك لغو باعتبار أنه ليس بمال فكان هذا والسكوت عن ذكر المهر سواء

(قال) وإذا طلق الذمي امرأته ثلاثا ثم أقام عليها فرافعته إلى السلطان فرق بينهما لأنهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وإن كانوا لا يعتقدونه محصور العدد فإمساكه إياها بعد التطليقات الثلاث ظلم منه وما أعطيناهم الذمة لنقرهم على الظلم أرأيت لو اختلعت بمال أكنا ندعه ليقوم عليها وقد استوفى منها فإما إذا تزوجها بعد التطليقات الثلاث برضاها فالآن هذا ونكاح المحارم سواء لأن الثلاث يوجب حرمة المحل بخطاب الشرع كالمحرمية وهم لا يعتقدون ذلك وحرمة المحل بهذا السبب تمنع بقاء النكاح كما تمنع الإبتداء فكان كالمحرمية فيما ذكرنا من التفريعات

(قال) وإذا تزوج الذمي ذمية على خمر بعينها أو خنزير بعينه ثم أسلما أو أسلم أحدهما فليس لها غير ذلك المعين في قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - فإن كانت الخمر بغير عينها فلها قيمتها وفي الخنزير بغير عينه في القياس كذلك ولكنه استحسن فقال لها مهر مثلها وفي قول محمد لها القيمة على كل حال وفي قول أبي يوسف الآخر لها مهر مثلها على كل حال ولم يذكر قوله الأول وقيل هو قول محمد - رحمه الله

أما حجتهما في العين أن الإسلام ورد والحرام مملوك بالعقد غير مقبوض فيمنع الإسلام قبضه كما في الخمر المشتراة إذ أسلم أحدهما قبل القبض وهذا لأن القبض يؤكد الملك الثابت بالعقد ألا ترى أن الصداق تتنصف بنفس الطلاق قبل الدخول إذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود شيء إلى ملك الزوج إلا بقضاء أو رضاء وكذلك الزوائد تنتصف قبل القبض ولا تتنصف بعده وكذلك لو مر يوم الفطر والصداق عبد عند الزوج ثم طلقها قبل الدخول لا تجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض إذا ثبت هذا فنقول :

الإسلام كما يمنع تملك الخمر بالعقد ابتداء يمنع تأكد الملك فيها بالقبض وبه فارق الخمر المغصوبة فإنه ليس في الاسترداد تأكد المالك إنما فيه مجرد النقل من يد إلى يد وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الإسلام ورد وعين المسمى مملوك لها مضمون بنفسه في يد الزوج فلا يمنع الإسلام قبضه كالخمر المغصوبة لا يمنع الإسلام استردادها وهذا لأن ملكها في الصداق يتم بنفس العقد حتى تملك التصرف فيه كيف شاءت ومع من شاءت ببدل وغير بدل فليس القبض هنا بموجب ملك التصرف ولا تملك العين بخلاف المبيع فإن بالقبض هناك يستفاد ملك التصرف والإسلام المانع منه ولأن ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فكان قبض المشتري ناقلا لضمان الملك فأما ضمان المسمى في يد الزوج فليس بضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ولهذا وجب لها القيمة فلا يكون الإسلام مانعا من القبض الناقل للضمان إذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المغصوب

وهذا بخلاف ما إذا كان المسمى بغير عينه لأن القبض هناك موجب ملك العين والإسلام يمنع من ذلك وإذا عرفنا هذا فمحمد رحمه الله تعالى يقول في الفصول كلها تعذر بالإسلام تسليم المسمى بعد صحة التسمية وذلك موجب للقيمة على كل حال كما لو تزوجها على عبد فاستحق أو هلك قبل التسليم وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الإسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل في الحكم كالمقارن للعقد كما في البيع ولو اقترن الإسلام بالعقد وجب لها مهر المثل على كل حال فهذا مثله

وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول القياس ما قاله محمد – رحمه الله تعالى – لأن التمسية صحيحة وبطريان الإسلام لا يتبين فساد التسمية بخلاف ما إذا اقترن الإسلام بالعقد فإن التسمية هناك مفسدة وبخلاف البيع لأن أصل السبب هناك يفسد بالإسلام الطارئ وهنا أصل السبب باق وقد كانت التسمية صحيحة فإذا تعذر تسليم المسمى كان لها القيمة غير أني أستقبح إيجاب قيمة الخنزير فأوجب لها مهر مثلها قيل إنما استقبح ذلك لبعد الخنزير عن المالية في حق المسلمين ولأن المسلمين لا يعرفون قيمته والرجوع إلى أهل الذمة في معرفة قيمة الخنرير ليقضي به مستقبح ولكن هذا ضعيف فإن المسلم إذا أتلف خنزير الذمي يضمن قيمته كما إذا أتلف خمره والصحيح أن يقال قيمة الخنزير كعينه ألا ترى أن قبل الإسلام لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول كما إذا أتاها بالعين فكما تعذر قبض عين الخنزير بالإسلام فكذلك القيمة بخلاف الخمر يقرره أن قيمة الخنزير من موجبات صحة التسيمة وبالإسلام قد تغير حكم التسمية فإنما يجوز أن يستوفي بعد الإسلام ما ليس من موجبات صحة التسمية وذلك مهر المثل فأما قيمة الخمر ليس من موجبات صحة التسمية لأن الخمر من ذوات الأمثال فلهذا يصار إلى قيمة الخمر ثم إن طلقها قبل الدخول ففي العين لها نصف العين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لأن مهر المثل لا ينتصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق على ما نذكره في باب المهور إن شاء الله تعالى

وعند محمد – رحمه الله تعالى – لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لها المتعة على كل حال

(قال) مسلم تزوج مسلمة على خمر أو خنزير أو شيء مما لا يحل كان النكاح جائزا لأن صحة التسمية ليس من شرائط أصل النكاح فالنكاح صحيح بغير تسمية المهر فكذلك مع فساد التسمية لأن ما كان فاسدا شرعا فذكره كالسكوت عنه في حكم الاستحقاق وتقدم اشتراطه غير مبطل للنكاح فإن النكاح يهدم الشرط ولا ينهدم به هكذا قال إبراهيم النخعي – رحمه الله تعالى – النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع وإذا صح النكاح فلها مهر مثلها لأن البضع لا يتملك إلا بعوض وقد تعذر إيجاب المسمى فيصار إلى العوض الأصلي وهو قيمة البضع على ما نبينه في باب المهور إن شاء الله تعالى

(قال) وتجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس وقد دللنا على جواز أصل المناكحة فيما بينهم ثم هم أهل ملة واحدة وإن اختلفت نحلهم لأنه يجمعهم اعتقاد الشرك والانكار لنبوة محمد صلى

الله عليه و سلم فتجوز المناكحة فيما بينهم كأهل المذاهب فيما بين المسلمين ولهذا جوزنا شهادة بعضهم على بعض وورثنا بعضهم من بعض ثم المولود بينهما على دين الكتابي من الأبوين عندنا تحل ذبيحته ومناكحته للمسلمين ولا يحل ذلك عند الشافعي - رحمه الله تعالى - لأن المعارضة تتحقق بينهما واحدهما يوجب الحرمة والآخر الحل فيغلب الموجب للحرمة لقوله صلى الله عليه و سلم ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا غلب الحرام الحلال بخلاف ما إذا كان أحدهما مسلما لأن الكفر لا يعارض الإسلام على ما بينا ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه و سلم كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه الحديث فقد جعل اتفاق الأبوين علة ناقلة عن أصل الفطرة فيثبت ذلك فيما إذا اتفق عليه الأبوان وفيما اختلافا فيه يبقى على أصل الفطرة ولأن حل الذبيحة والمناكحة من حلم الاسلام فإذا كان ذلك اعتقاد احد الأبوين يجعل الولد تبعا له في ذلك كما في نفس الإسلام وهذا لأن اليهودية إذا قوبلت بالمجوسية فالمجوسية شر فلا تقع المعارضة بينهما ولكن يترجح جانب التبعية للكتابي لأنه يعتقد التوحيد أو يظهره فكان في جعل الولد تبعا له نوع نظر للولد وذلك واجب

(قال) وإذا زوج صبية من صبي وهما من أهل الذمة جاز ذلك كما يجوز بين المسلمين لأن الولاية ثبتت للأولياء فيما بينهم قال الله تعالى : والذين كفروا بعضهم أولياء بعض . ثم إن كان المزوج هو الأب والجد فلا خيار لهما إذا أدركا لشفقة الأبوة فإن ذلك لا يختلف باخلاف الدين على ما قيل كل شيء يحب ولده حتى الحباري وإن كان المزوج غير الأب والجد فلهما الخيار في قول أبي حنيفة ومحمد على ما بينا فيما بين المسلمين

(قال) وإذا تزوجت الذمية ذميا فقال وليها هذا ليس بكفء لم يلتفت إلى قوله لأن ذل الشرك وصغار الجزية يجمعهم فلا يظهر مع ذلك نقصان النسب بل هم أكفاء بعضهم لبعض ألا ترى أنهم لو استرقوا كانوا اكفاء ولو اعتقوا كذلك ولو أسلموا كانوا أكفاء فعرفنا أنه لا يظهر التفاوت بينهم فلا يكون للولي أن يخاصم

(قال) إلا أن يكون شيئا مشهورا يعني كابنة ملك منهم خدعها حائك أو سايس ونحوه فهنا يفرق بينهما لا لانعدام الكفاءة بل لتسكين الفتنة لأن هذا يهيج الفتنة والقاضي مأمور بتسكين الفتنة بينهم كما هو مأمور بذلك بين المسلمين

(قال) وإذا تزوج الذمي مسلمة حرق فرق بينهما لقوله تعالى : ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا . ولقوله صلى الله عليه و سلم : الإسلام يعلو ولا يعلى . فاستقر الحكم في الشرع على أن المسلمة لا تحل

للكافر وإن كان ذلك حلالا في الابتداء فيفرق بينهما ويوجع عقوبة إن كان قد دخل بها ولا يبلغ به أربعين سوطا وتعذر المرأة والذي سعى فيما بينهما وفي حق الذمي لم يذكر لفظ التعذير لأنه ينبيء عن معنى التطهير والتوقير قال الله تعالى : ﴿ وتعزروه وتوقروه وتسبحوه بكرة وأصيلا ﴾ . فلهذا قال يوجع عقوبة وهذا لأنه أساء الأدب فيما صنع واستخف بالمسلمين وارتكب ما كان ممنوعا منه فيؤدب على ذلك وكان مالك بن أنس – رحمه الله تعالى – يقول : يقتل لأنه يصير بهذا ناقضا للعهد حين باشر ما ضمن في العهد أن لا يفعله فهو نظير الذمي إذا جعل نفسه طليعة للمشركين على قوله ولكنا نقول كما أن المسلم بارتكاب مثله لا يصير ناقضا لأمانه فالذمي لا يصير ناقضا لأمانه فلا يقتل ولكن يوجع عقوبه وكلذلك يعذر الذي سعى بينهما لأنه أعان على مالا يحل والأصل فيه قوله – صلى الله عليه و سلم – : (لعن الله الراشي والمرتشي والرائش) وهو الذي يسعى بينهما وإن أسلم بعد النكاح لم يترك على نكاحه لأن أصل النكاح كان باطلا فبالإسلام لا ينقلب صحيحا

(قال) ولو أسلم الزوج وامرأته من أهل الكتاب بقي النكاح صحيح بعد إسلام الرجل فلأن يبقى أولى وإن كانت من غير أهل الكتاب فهي أمرأته حتى يعرض عليها الإسلام فإن أسلمت والأفرق بينهما وكذلك أن كانت المرأة هي التي أسلمت والزوج من أهل الكتاب أو من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يعرض عليه الإسلام فإن أسلم وإلا فرق بينهما ويستوي إن كان دخل بها أو لم يدخل بها عندنا

وقال الشافعي – رحمه الله تعالى – أن كان قبل الدخول تقع الفرقة بإسلام أحدهما وإن كان بعد الدخول يتوقف وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاث حيض ولا يعرض الإسلام على الآخر واستدل في ذلك فقال قد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم في الإجبار على الإسلام وذلك يقطع ولاية الإجبار والتفريق عندنا بالإسلام ولكن النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس اختلاف الدين إذا كان على وجه يمنع ابتداء النكاح وبعد الدخول النكاح متأكد فلا يرتفع بنفس اختلاف الدين حتى ينضم إليه ما يؤثر في الفرقة وهو انقضاء العدة وقاس بالطلاق فإن بنفس الطلاق قبل الدخول يرتفع النكاح وبعد الدخول لا يرتفع إلا بانقضاء العدة وحجتنا في ذلك ما روي أن دهقانة بهز الملك أسلمت فأمر عمر رضي الله تعالى عنه أن يعرض الإسلام على زوجها فإن أسلم وإلا فرق بينهما

وإن دهقانا أسلم في عهد علي رضي الله عنه فعرض الإسلام على امرأته فأبت ففرق بينهما . وكان المعنى فيه أن النكاح كان صحيحا بنيهما فلا يرتفع إلا بعد وجود السبب الموجب له وإسلام المسلم منهما

لا يصلح سببا لذلك لأنه سبب لإثبات العصمة وتأكيد الملك له وكذلك كفر من أصر منها على الكفر لأنه كان موجودا قبل هذا وما كان مانعا لابتداء النكاح ولإبقائه

وكذلك اختلاف الدين فإن عينه ليس بسبب كما لو كان الزوج مسلما والمرأة كتابية فلا بد من أن يتقرر السبب الموجب للفرقة لما تعذر استدامة النكاح بينهما وذلك السبب عرض الإسلام على الكافر منهما لا بطريق **الإجبار** عليه ولكن لأن بالنكاح وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان فالإمساك بالمعروف في أن يساعدها على الإسلام فإذا أبى ذلك تعين التسريح بالإحسان فإذا امتنع من ذلك ناب القاضي منابه في التفريق بينهما ثم إن كانت المرأة هي التي أبت الإسلام حتى فرق القاضي بينهما فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعد الدخول فليس لها نفقة العدة لأن الفرقة جاءت من قبلها وتكون الفرقة بغير طلاق بالاتفاق لأنه ليس إليها من الطلاق شيء وإنما فرق القاضي بنيهما بإصرارها على الخبث والخبيثة لا تصلح للطيب فإما إذا كان الزوج مع الذي أبى الإسلام فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهروان كان بعد الدخول فلها نفقة العدة وتكون الفرقة بطلاق عند أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – وعند أبي يوسف – رحمه الله تعالى – تكون فرقة بغير طلاق وإما الفرقة بردة المرأة تكون بغير طلاق وردة الزوج كذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف – رحمهما الله تعالى – وفي قول محمد رحمه الله تعالى تكون بطلاق وحجة أبي يوسف – رحمه الله تعالى – في الفصلين أن سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان على معنى أنه يتحقق من كل واحد منهما وهو الإباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمية وملك أحد الزوجين صاحبه وهذا لأنه ليس إليها من الطلاق شيء فكل سبب للفرقة يتحقق من جهتها يعلم أنه ليس بسبب للطلاق

وحجة محمد – رحمه الله تعالى – في الفصلين أن سبب الفرقة قول من جهة الزوج إما إباء أو ردة فيكون بمنزلة إيقاع الطلاق وهذا لأنه يفوت الإمساك بالمعروف بهذا السبب فيتعين التسريح بالإحسان والتسريح طلاق ألا ترى أن الفرقة بين العنين وإمرأته تجعل طلاقا بهذا الطريق

وأبو حنيفة يفرق بينهما والفرق من وجهين أحدهما ان الفرقة بالردة كانت لفوات صفة الحل وذلك مناف للنكاح ألا ترى أن الفرقة لا تتوقف على قضاء القاضي فإنه ينافي النكاح ابتداء وبقاء فيكون نظير المحرمية والملك فأما إباء الإسلام فإنه غير مناف للنكاح ألا ترى أن الفرقة به لا تقع إلا بقضاء القاضي والفرقة بسبب غير مناف للنكاح إذا كان مضافا إلى الزوج يكون طلاقا توضيح الفرق أن في فصل الإباء لما كانت الفرقة لا تقع إلا بقضاء القاضي أشبه الفرقة بسبب العنة من حيث أن القاضي ينوب فيه عن الزوج

وفي مسألة الردة لما لم تتوقف الفرقة على القضاء أشبه الفرقة بسبب المحرمية والملك ألا ترى أنه يتم بالمرأة وليس إليه من الطلاق شيء ثم في الفصلين يقع طلاقه علها ما دام في العدة إما في الإباء فظاهر لأن الفرقة كانت بالطلاق وإما في الردة فلان حرمة المحل بهذا السبب غير متأبدة ألا ترى أنه يرتفع بالإسلام فيتوفر على الطلاق ما هو موجبه وهو حرمة المحل إلى غاية إصابة الزوج الثاني فلهذا يقع طلاقه عليها في العدة بخلاف ما بعد المحرمية فإن حرمة المحل هناك مؤبدة فلا يظهر معها ما هو موجب الطلاق

(قال) وإذا عقد النكاح على صبيين من أهل الذمة ثم أسلم أحدهما وهو يعقل الإسلام صح إسلامه عندنا استحسانا ويعرض على الآخر الإسلام إن كان يعقل فإن أسلم فهما على نكاحهما وإن أبى أن يسلم فإن كان الزوج هو الذي أسلم والمرأة كتابية لم يفرق بينهما كما لو كانا بالغين وإن كان بخلاف ذلك ففي القياس لا يفرق بينهما أيضا لأن الإباء إنما يتحقق موجبا للفرقة ممن يكون مخاطبا بالأداء والذي لم يبلغ وإن كان عاقلا فهو غير مخاطب بذلك ولكنه استحسن فقال كل من صح منه الإسلام إذا أتى به صح منه الإباء إذا عرض عليه وعند تقرر السبب الموجب للفرقة الصبي يستوي بالبالغ كما لو وجدته امرأته مجنونا

وقيل هذا على قول أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – فأما أبو يوسف – رحمه الله – فإنه يأخذ بالقياس وهو نظير اختلافهم في ردة الصبي ومحمد – رحمهما الله تعالى – تجب الفرقة خلافا لأبي يوسف – رحمه الله تعالى – والأصلح أنه قولهم جميعا والفرق لأبي يوسف – رحمه الله تعالى – أن الإباء تمسك بما هو عليه فيكون صحيحا منه فأما الردة إنشاء لما لم يكن موجودا وهو يضره فلا يصح منه ألا ترى أن رده الهبة بعد ما قبض لا يصح وامتناعه من القبول في الإبتداء صحيح ثم إذا فرق بإباء الزوج وكان صغيرا فبعض مشايخنا يقولون هذا لا يكون طلاقا لأن الصبي ليس من أهل الطلاق بخلاف البالغ والصحيح إنه طلاق لأن السبب قد تقرر فهو نظير الفرقة بسبب الجب وهذا لأن الصبي ليس بأهل لا يقاع الطلاق والعتاق ثم العتق ينفذ من جهته إذا تقرر سببه بأن ورث قريبه فكذلك الطلاق

(قال) نصراني تزوج نصرانية ثم أنها تمجست فهما على نكاحهما لأنها لو كانت مجوسية في الإبتداء صح النكاح بينهما فكذلك إذا تمجست وهو بناء على أصلنا أنه إذا تحول من دين إلى دين يترك على ما اعتقد لأن الكفر كله ملة واحدة وللشافعي فيه ثلاث أقوال قول مثل قولنا وقول آخر أنه يقتل إن لم يسلم لأن الأمان له كان على ما اعتقده فإذا بدله بغيره لم يبق له أمان فيقتل أن لم يسلم وهذا فاسد فإن

الأمان بسبب الذمة كان له مع كفره وما ترك الكفر وإذا كان ما اعتقد لا ينافي ابتداء عقد الذمة لا يكون منافيا للبقاء أيضا

وفي قول آخر يقول يجبر على العود إلي ما كان عليه كالمسلم إذا ارتد والعياذ بالله وهو بعيد أيضا فإن ما كان عليه كان كفرا فكيف يجبر على العود إليه والنصراني إذا تهود فقد اعتقد التوحيد ظاهرا فكيف يجبر على العود إلى التثليث بعد ما اعتقد التوحيد فإن أسلم الزوج بعد ما تمجست عرض عليها الإسلام كما لو كانت مجوسية في الأصل فإن أسلمت وإلا فرق بينهما وإن تهودت أو تنصرت كانا على النكاح كما لو كانت يهودية أو نصرانية في الابتداء وإن تمجست بعد ما أسلم الزوج وقعت الفرقة بينهما لأن تمجسها بعد الإسلام كردة المسلمة فكما يتعجل الفرقة بنفس ردة المرأة فكذا بتمجسها بعد إسلام الزوج

(قال) نصراني تزوج نصرانية بشهادة عبدين كان جائزا إذا كان ذلك في دينهم نكاحا لأنه لو تزوجها بغير شهود جاز فبشهادة العبدين أولى والله أعلم بالصواب ." (١)

" (قال) (رجل أعتق عبده على مال من عروض أو حيوان أو غير ذلك أو باعه نفسه أو وهب له نفسه على أن يعوضه كذا فهو جائز وإذا قبله العبد فهو حر في جميع أحكامه) لأنه علق عتقه بقبول المال ولأنه جعل التزام المال من العبد بمقابلة العتق وقد وجد ذلك بقبوله والولاء للمولى لأنه عتق على ملكه فإن العبد ليس من أهل أن يملك مالية نفسه فيبطل ملك المالية بإعتاق المولى وتحدث القوة للعبد بإيجاب المولى وهو موجب للولاء بعوض كان أو بغير عوض والمال دين على العبد لأنه التزمه بقبوله وقد كانت له ذمة صالحة للإلتزام فيها وتأيدت بالعتق ويجوز وجوب المال عليه وإن لم يملك ما يقابله من ملك المولى كما يجب المال على المرأة بقبول الطلاق وعلى القاتل بقبول الصلح وإن كان لا يملك شيئا بمقابلته ولهذا كل ما يصلح التزامه عوضا في الطلاق يصلح التزامه عوضا هنا وإن اختلفا في المال في جنسه أو مقداره فالقول قول العبد لأنه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى إما لإثباته الزيادة أو لأنه يثبت حق نفسه ببينة

ولو قال المولى أعتقتك أمس على ألف درهم فلم تقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لأنه أقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس إذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعي وجود الشرط بقبوله والمولى منكر لذلك فالقول قوله كما لو قال له قلت لك أمس أنت حر إن شئت فلم تشأ وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف ما لو قال لغيره بعتك هذا الثوب أمس بألف

---

(١) المبسوط، ٥٨/٤

درهم فلم تقبل وقال المشتري قبلت فالقول قول المشتري لأن البائع أقر بالبيع ولا يكون البيع إلا بقبول المشتري فهو في قوله لم يقبل راجع عما أقر به

وإذا أعتقه على مال حال أو مؤجل فله أن يشتري بذلك المال منه ما بدا له يدا بيد لأنه دين يجوز الإبراء عنه ولا يستحق قبضه في المجلس فيجوز الاستبدال به كالأثمان ولا خير فيه نسيئة لأن الدين بالدين حرام في الشرع

ولو أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تدع شيئا فليس على الولد من ذلك المال شيء لأنه انفصل عنها بعد حريتها فكان حرا وليس على الحر شيء من دين مورثه إذا مات ولو أعطته في حياتها كفيلا بالمال الذي أعتقها عليه جاز لأنها حرة فثبت المال دينا عليها بصفة القوة والكفالة بمثله من الديون صحيحة بخلاف بدل الكتابة

وإن قال لعبده إذا أديت إلي فأنت حر لم يكن مكاتبا ولم يعتق حتى يؤدي لأن الكتابة توجب المال على المكاتب بالقبول فيثبت له بمقابلته ملك اليد والمكاسب وهنا المال لا يجب على العبد فلا يثبت له ملك اليد والمكاسب ولكن هذا اللفظ من المولى تعليق لعتقه بأداء المال فيكون كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يبطل بالرد ولا يمتنع على المولى بيعه ولكن متى جاء بالمال عتق وليس للمولى أن يمتنع من قبوله عندنا استحسانا

وفي القياس له ذلك وهو قول زفر - رحمه الله تعالى - لأنه تعليق العتق بالشرط فلا يجبر المولى على إيجاد الشرط كما لو علقه بسائر الشروط وإذا لم يكن مجبرا على إيجاد الشرط لا يتم الشرط بفعل العبد لأن الشرط أن يتصل بالمولى نص على ذلك بقوله ولا يتصل به إلا بقبوله ودليل الوصف أنه لا يسري إلى الولد ولا يمتنع عليه بيعه ولا يصير العبد أحق بمكاسبه ولا يحتمل الفسخ والدليل عليه أنه لو باعه ثم اشتراه ثم جاء بالمال لم يجبر على قبوله فكذلك قبل البيع لأن حكم التعليق بالشرط لا يختلف بما قبل البيع وبعده

وجه الاستحسان أنه مملوك تعلق عتقه بأداء مال معلوم إلى المولى فإذا خلى بين المال والمولى يعتق كالمكاتب وتأثيره أن هذا اللفظ باعتبار الصورة تعليق وباعتبار المعنى والمقصود كتابة لأنه حثه على اكتساب المال ورغبه في الأداء بما جعل له من العتق وليست الكتابة إلا هذا وهذا المال عوض من وجه

ألا ترى أن في زوجته الطلاق بهذه الصفة يكون بائنا وأن المولى لو وجد المال زيوفا فرده كان له أن يستبدله بالجياد وما تردد بين أصلين يوفر حظه عليهما فوفرنا عليه التعليق في الابتداء لمراعاة لفظ المولى

ودفع الضرر عنه ووفرنا عليه معنى الكتابة في الانتهاء دفعا للضرر والغرور عن العبد فقلنا كما وضع المال بين يدي المولى يعتق يدل عليه أنه علق العتق بفعل يباشره العبد وهو الأداء وفي مثله لا يكون للمولى أن يمتنع منه ولا أن يمنع عبده من ذلك الفعل كما لو قال له أنت حر إن شئت فشاء العبد في المجلس يعتق وليس للمولى أن يمتنع من ذلك الفعل

فأما إذا باعه ثم اشتراه قد روي عن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – أنه إذا جاء بالمال يعتق وهذا وما قبل البيع سواء لأن التعليق لا يبطل بالبيع وعلى ما ذكره في الزيادات أنه لا يجبر المولى على القبول والعذر واضح فإن معنى التعليق لا يبطل بالبيع ولكن معنى الكتابة يبطل بنفوذ البيع فيه وإجبار المولى على القبول كان من حكم الكتابة وقد بطل ذلك بنفوذ البيع فيه فلهذا لا يجبر على القبول بعده فأما قبل البيع معنى الكتابة باق كما بينا ولسنا نعني بقولنا يجبر المولى على القبول **الإجبار** حسا وإنما نعني أن بمجرد التخلية بينه وبين المال يعتق وليس للمولى أن يمتنع عنه

وإذا أحضر العبد المال لا يمكن المولى من أن يهرب منه ثم لا يعتق العبد إلا بأداء جميع المال لأن الشرط لا يتم إلا به حتى لو بقي من المال درهم فهو عبد على حاله ولمولاه أن يبيعه وكذلك لو كان قال له إن أديت إلي ألفا إلا أن هذا على المجلس في ظاهر الرواية

وروى بشر عن أبي يوسف – رحمهما الله تعالى – أنه لا يتوقت بالمجلس كالتعليق بسائر الشروط وجه ظاهر الرواية أنه بمنزلة التعليق بمشيئة العبد لأنه يتخير بين الأداء والامتناع منه فكما يتوقت بالمجلس إذا قال له أنت حر إن شئت فكذلك هذا توضيحه أنه في الكتابة يحتاج إلى القبول في المجلس . والأداء هنا بمنزلة القبول هناك من حيث أن حكم الكتابة يثبت به فيعتبر وجود الأداء في المجلس هنا إذا لم يكن في لفظه ما يدل على الوقت كما يعتبر القبول في المجلس في الكتابة وإن اختلفا في مقدار المال فالقول قول المولى مع يمينه لأن التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف مسألة أول الباب فإن العبد هناك عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه وهنا لا يعتق إلا بالأداء فإنما وقع الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فلهذا كان القول قول المولى فيه

وإن أقاما البينة فالبينة بينة العبد لأنه لا منافاة بين البينتين فيجعل كأن الأمرين كانا فأي الشرطين أتى به العبد يعتق ولأن البينات للإلزام وفي بينة العبد معنى الإلزام فإنها إذا قبلت عتق العبد بأداء الخمسمائة وليس في بينة المولى إلزام فإنها وإن قبلت لا يجبر العبد على أداء المال وإذا قال لأمته إذا أديت إلي ألفا

فأنت حرة فولدت ولدا ثم أدت لم يعتق ولدها معها لأنها إنما عتقت عند الأداء وقد انفصل الولد عنها قبل هذا فلا يسري إليه ذلك العتق

وقد بينا أن حكم الكتابة لا يثبت بهذا اللفظ قبل الأداء فبقي ولدها مملوكا للمولى مطلقا وإن أدت الألف من مال مولاها عتقت لوجود الشرط وللمولى أن يرجع عليها بمثله لأن مقصود المولى لم يحصل بها فإن مقصوده أن يحثها على الاكتساب لتؤدي من كسبها فيملك المولى ما لم يكن له ملكا قبل هذا وبأداء مال المولى إليه لا يحصل هذا المقصود فيرجع عليها بمثله دفعا للضرر عنه وكذلك إن أدت من كسب اكتسبه قبل هذا القول لأن ذلك الكسب من ملك المولى قبل التعليق ولو أدته من كسب اكتسبته بعد هذا القول لم يرجع المولى عليها بشيء آخر لأن مقصوده قد تم فإن استحق المقبوض من يد المولى لم يبطل العتق لأن الشرط تم بأداء المستحق والعتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ وللمولى أن يرجع عليها بمثله لأن مقصوده لم يحصل بهذا الأداء

ولو كان المولى مريضا حين قال لها إن أديت إلي ألفا فأنت حرة فاكتسبت وأدت ثم مات المولى من مرضه فإنها تعتق من ثلثه في القياس وهو قول زفر - رحمه الله تعالى - لأن كسبها ملك المولى فلا يكون ملكه عوضا عن ملكه والعتق في المرض بغير عوض يكون معتبرا من الثلث

وفي الاستحسان تعتق من جميع ماله لأن المؤدى في حكم العوض حتى إذا وجده زيوفا استبدله بالجياد ولأن الضرر مندفع عن الورثة حين استوفى المولى منها مقدار ماليتها وهذا بناء على اعتبار معنى الكتابة فيه عند الأداء استحسانا ولو قال لها إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فأنت حرة وقبلت فهذه مكاتبة وليس له أن يبيعها وإن أدت عتقت وإن كسرت شهرا واحدا ثم أدت إليه ذلك الشهر كان جائزا هكذا في نسخ أبي سليمان وفي نسخ أبي حفص - رضي الله عنه - قال : لا تكون مكاتبة وله أن يبيعها قبل الأداء

ولو كسرت شهرا ثم أدت في الشهر الثاني لم تعتق وجه رواية أبي حفص - رضي الله عنه - أن تعليق العتق بشرط واحد وبشروط كثيرة سواء كما في سائر الشروط وليس في هذا أكثر من أنه علق عتقه بوجود أداء المائة عشر مرات في عشرة أشهر

ولو علقه بأداء الألف جملة واحدة لم تكن مكاتبة ولا تعتق إلا بوجود صورة الشرط فكذلك إذا علقه بالأداء عشر مرات ووجه رواية أبي سليمان - رضي الله عنه - أنه أتى بمعنى الكتابة حين جعل المال مؤجلا منجما عليه والتأجيل والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ

ألا ترى أنه لو قال ملكتك هذا العبد بكذا كان بيعا وإن لم يصرح بلفظ البيع ولأن التأجيل والتنجيم للتيسير وذلك في المال الواجب فعرفنا أنه قصد إيجاب المال عليه ولا يجب عليه المال إلا بالكتابة

ولو قال لها إذا أديت إلي ألفا في هذا الشهر فأنت حرة فلم تؤدها في ذلك الشهر وأدتها في غيره لم تعتق على الروايتين جميعا وبهذا استشهد في نسخ أبي حفص ووجه الفرق على رواية أبي سليمان أنه ليس في هذا اللفظ ما يدل على معنى الكتابة من التنجيم والتيسير على العبد بل فيه اشتراط تعجيل أداء المال فلم يكن كتابه وقد فات الشرط بمضي الشهر قبل أدائه فلهذا لا يعتق بخلاف ما إذا صرح بالتنجيم وإذا قال متى أديت إلي ألفا فأنت حرة فمات المولى قبل الأداء بطل هذا القول كما يبطل التعليق بسائر الشروط إذ لا فائدة في بقائه بعد موت المولى لأنها صارت مملوكة للوارث فلا يتوهم وجود الشرط بعد هذا على ملك المولى لتعتق به بخلاف الكتابة فإن المكاتب ثبت له حكم المالكية يدا بعقد الكتابة فلا يصير ملكا للوارث ولكن يبقى على حكم ملك المولى حتى يعتق بأدائه وإن كان قال إن أديت ألفا بعد موتي فأنت حرة فهذه وصية لأن العتق بمال والعتق بغير مال في صحة إيجابه من المولى سواء ولو قال أنت حرة بعد موتي كان صحيحا فكذلك إذا قال إذا أديت ألفا بعد موتي فأنت حرة إذا جاءت بالمال فعلى الوصي أن يقبله منها ويعتقها ثم إن كانت قيمتها ألف درهم أو أقل فليس عليها شيء آخر استحسانا

وإن كانت قيمتها أكثر من ذلك فالفضل يعتبر من الثلث وهذا ومسألة المريض سواء ولو قال لعبدين له إذا أديتما إلي ألفا فأنتما حران فأدى أحدهما حصته لم يعتق لأن شرط العتق أداؤهما جميعا المال والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءا فجزءا وإنما ذلك من أحكام المعاوضات

وكذلك لو أدى أحدهما جميع الألف من عنده لم يعتق لأن الشرط أداؤهما فلا يتم بأداء أحدهما فإن قال المؤدي خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي لأؤديها إليك عتقا لأن أداء الرسول كأداء المرسل فيتم الشرط بهذا وهو أداؤهما جميعا المال

فإن أداها عنهما رجل آخر لم يعتقا لأن الشرط أداؤهما بخلاف الكتابة فإن شرط العتق هناك براءته عن المال وذلك يحصل بأداء الأجنبي إذا قبله المولى ثم للمؤدي أن يرجع فيها لأنه أداها ليعتقا به ولم يحصل مقصوده فإن قال أؤديها إليك على أنهما حران أو على أن تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المال إلى المؤدي أما العتق فلأن قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الإعتاق من المولى إياهما وأما ثبوت حق الرجوع فلأن عوض العتق لا يجب على الأجنبي وقد بينا هذا في الباب المتقدم . وإذا أداها وقال هما أمراني أن أؤديها إليك عنهما فقبلها عتقا لأنه رسول عنهما في الأداء وأداء الرسول كأداء المرسل

وقوله لعبده متى أديت إلي ألفا فأنت حر أو إن أديت أو إذا أديت إذن منه له في التجارة استحسانا لوجود دليل الإذن فإنه حثه على أداء المال ولا يتمكن من الأداء إلا بالاكتساب فيكون هذا ترغيبا له في الاكتساب ليؤدي المال ولم يرد الاكتساب بالتكدي لأنه يدني المرء ويخسسه وإنما مراده الاكتساب بالتجارة ودلالة الإذن كصريح الإذن

ألا ترى أنه لو قال أد إلي ألفا كل شهر كذا كان ذلك منه إذنا له في التجارة فإن اكتسب ألفي درهم فأدى إليه ألفا عتق لوجود الشرط وللمولى أن يأخذ منه الألف الباقية لأنه كسب عبده بخلاف المكاتب فقد ثبت له المالكية يدا في مكاسبه بعقد الكتابة فلهذا سلم الفضل له وهنا ما ثبت للعبد حكم المالكية في مكاسبه وإنما اعتبرنا معنى الكتابة عند الأداء ليندفع الضرر والغرور عن العبد وذلك في قدر ما شرط عليه أداؤه فأثبتنا حقه بذلك القدر وما زاد عليه فهو للمولى لأن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة وإن قال إذا أديت إلي ألفا فأنت حر فقال العبد للمولى حط عني منها شيئا أو اقبل مني مكانها مائة دينار فحط عنه المولى مائة درهم وأدى تسعمائة لم يعتق

ألا ترى أنه لو أبرأه عن جميع المال لم يعتق وهذا لأن الشرط وجود أداء الألف فلا يتم بأداء تسعمائة بخلاف الكتابة فإن المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق إبراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أو حط بعضه وهنا لا مال على العبد فالحط والإبراء باطل ولا يعتق ما لم يتم الشرط وليس للعبد أن يسترد من المولى ما أخذ منه لأن كسبه مملوك لمولاه وهو نظير ما لو قال له إذا خدمتني سنة فأنت حر فخدمه أقل من سنة وتجاوز المولى عما بقي لم يعتق لأن الشرط لم يتم وكذلك لو صالحه من الخدمة على مال كان باطلا ولا يعتق بها لأن العتق المتعلق بالشرط لا ينزل ما لم يوجد الشرط بعينه ولا تتحقق الخدمة بهذا الصلح فلا يعتق به إلا أن يقول المولى له عند الصلح أنت حر إن أديت هذا

ولو قال لعبده إن أديت إلي كذا من العروض فأنت حر فأداها إليه عتق لوجود الشرط إلا أنه إن كان ذلك شيئا يصلح أن يكون عوضا في الكتابة يجبر المولى على قبوله بمنزلة الألف وإن كان لا يصلح عوضا في الكتابة لا يجبر على قبوله ولكن إن قبله يعتق لأن الإجبار على القبول باعتبار معنى الكتابة

ولو قال أخدمني وولدي سنة ثم أنت حر أو إذا خدمتني وإياه سنة فأنت حر فمات المولى قبل مضي السنة لم يعتق به لأن الشرط لم يتم وقد بينا أن التعليق يبطل بموت المولى وكذلك إن مات الولد فقد فات شرط العتق بموته فلا يعتق بعد ذلك

ولو قال أنت حر على أن تخدمني سنة فقبل فهو حر والخدمة عليه يؤخذ بها لأنه أوجب له العتق هنا بقبول الخدمة وفي الأول أوجب له العتق بوجود الخدمة ثم الخدمة في مدة معلومة تصلح أن تكون عوضا فيصح التزامه دينا بمقابلة العتق فإن مات المولى فللورثة أن يأخذوه بما بقي من خدمة السنة من قيمته في قياس قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – الآخر وهو قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – وفي قوله الأول وهو قول محمد – رحمه الله تعالى – إنما يأخذونه بما بقي من الخدمة . قال عيسى وهذا غلط بل على قولهم جميعا هنا يأخذونه بما بقي من خدمة السنة لأن الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه بعد موته

كما لو كان أعتقه على ألف درهم واستوفى بعضها ثم مات كان للورثة أن يأخذوه بما بقي من الألف ولكن في ظاهر الرواية يقول الناس يتفاوتون في الخدمة وإنما كان الشرط أن يخدم المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد ولو مات العبد قبل تمام السنة فللمولى أن يأخذ من تركته بقدر ما بقي عليه من خدمة السنة من قيمته في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – الآخر وهو قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – وفي قوله الأول وهو قول محمد – رحمه الله تعالى – من قيمة الخدمة . وأصل المسألة في كتاب البيوع إذا باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت أو هلكت قبل القبض في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – الآخر وهو قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – يرجع على العبد بقيمة نفسه وفي قوله الأول وهو قول محمد – رحمه الله تعالى – يرجع بقيمة الجارية إلا أن هذه القدر ليس بقوي فإن الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهو معروف بين الناس لا يتفاوتون فيه فلا يفوت بموت المولى ولكن الأصح أن يقول الخدمة عبارة عن المنفعة والمنفعة لا تورث فلا يمكن إبقاء عين الخدمة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمته أو قيمة الخدمة على حسب ما اختلفوا فيه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ." (١)

" (قال) (وإذا اشتري الذمي مملوكا مسلما صغيرا أو كبيرا أو أنثى من مسلم أو ذمي جاز شراؤه في قول علمائنا الثلاثة – رحمهم الله)

وقال الشافعي : لا يجوز شراؤه لقول الله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ (النساء : ١٤١) وفي إثبات الملك للكافر على المسلم سبب يكسبه إثبات أقوى السبيل له عليه . والمعنى فيه أن الكافر لا يقر على تحصيل مقصود هذا العقد لحرمة الإسلام فلا يصح استدامته كنكاح

---

(١) المبسوط، ٦٩/٥

المسلمة وبيان الوصف أن المقصود استدامة الملك ولهذا لا يصح البيع إلا مؤبدا وهو ممنوع من استدامة الملك على المسلم لأنه يجبر على بيعه فإذا لم يصح منه استدامة الملك على المسلم لا يصح مباشرة سبب الملك الدليل عليه : أن إسلام المملوك مع كفر المالك يمنع استدامة الملك إذا طرأ فيمتنع ثبوت الملك إذا اقترن بالسبب كما في النكاح

وهذا لأن الكافر ممنوع من استذلال المسلم وفي إثبات الملك له عليه استذلال المسلم ولهذا لا يسترق الكافر المسلم فكذلك لا يشتريه لأن الثابت بالشراء له ملك متجدد بتجدد سببه ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فيكون هذا في المعنى كالاسترقاق

بخلاف الإرث فإنه يبقى للوارث الملك الذي كان للمورث . ولهذا يرث المسلم الخمر ولا يملك الخمر بالشراء

وبخلاف البيع لأنه بالبيع يزول ملكه وذله على المسلم واكتساب سبب إزالة الذل غير ممنوع منه إنما الممنوع منه اكتساب سبب الذل

وهذا النهي لمعنى في المنهي عنه فيكون مفسدا للعقد

ألا ترى أن الكافر يطلق امرأته المسلمة ولا يصح عقد النكاح من الكافر على المسلمة

وهذا بخلاف الولد يشتري والده يجوز وإن كان الولد ممنوعا عن إذلال والده لأن بالشراء هناك تتم علة العتق فيتخلص به عن ذل الرق والأمور بعواقبها فباعتبار المال يصير هذا الشراء إكراما لا إذلالا ولهذا قلنا الابن الكافر إذا اشترى أباه المسلم يجوز

وكذلك إذا قال الكافر لمسلم أعتق عبدك هذا على ألف درهم يجوز ويتملكه الكافر ثم يعتق عليه وهو نظير الفصد فهو جرح لا يجوز الإقدام عليه من غير حاجة وعند الحاجة يكون دواء

والذي يحقق ما قلنا أنه بالشراء يتمكن من قبضه وفي إثبات اليد للكافر على المسلم على وجه يستفيد به ملك التصرف معنى الذل ولا يوجد ذلك في حق من يعتق عليه وإن قلتم أنه يمتنع من قبضه فيقول ما لا يتأتى فيه القبض بحكم الشراء لا يجوز شراؤه كالعبد الآبق وهذا لأن فوات القبض إذا طرأ بهلاك المعقود عليه قبل التسليم كان مبطلا للعقد فإذا اقترن بالعقد منع انعقاد العقد والدليل عليه المحرم إذا اشترى طيبا لا يملكه لأنه ممنوع من إثبات اليد عليه وكذا على الصيد لإحرامه فلا يملكه بالشراء كما لا يملكه بالاصطياد فكذلك الكافر في العبد المسلم وحجتنا في ذلك العمومات المجوزة للبيع من الكتاب والسنة والمعنى فيه أن الكافر يملك بيع عبده المسلم فيملك شراءه كالمسلم

وهذا لأن صحة التصرف باعتبار أهلية التصرف وكون المحل محلا للتصرف وما يصير به أهلا للتصرف يستوي فيه الكافر والمسلم

وإنما يكون المحل محلا للتصرف لكونه مالا متقوما والعبد المسلم مال متقوم في حق المسلم والكافر جميعا ألا ترى أن البيع يستدعي محلا هو مال متقوم كالشراء فنفوذ بيعه دليل على أنه مال متقوم في حقه وفي تصحيح البيع إظهار سلطان مالكيته ولم يكن في عينه من معنى الاستذلال شيء حتى يؤمر به شرعا فكذلك في تصحيح الشراء إثبات سلطان الملكية ولا يكون في عينه من معنى الإذلال شيء وبهذا يتبين أن النهي ليس لمعنى في عين الشراء بل لمعنى في قصده وهو الاستخدام قهرا بملك اليمين ولا يمنع صحة الشراء كالنهي عن الشراء وقت النداء ولهذا ندب الولد إلى شراء أبيه مع أنه ممنوع من إذلاله لأنه لا يقصد بشرائه الاستخدام ولو كان إثبات الملك بطريق الشراء عينه إذلالا لكان القريب ممنوعا عنه في قريبه لأن كل طاعة لا تصل إليها إلا بمعصية لا يجوز الإقدام عليها ثم تحقيق هذا الكلام أن بالشراء لا تتبدل صفة المحل لأنه كان مملوكا قبل شرائه وبقى مملوكا بعد شرائه وإنما تتحول الإضافة من المسلم إلى الكافر وهي إضافة مشروعة ألا ترى أنه يرث الكافر العبد المسلم وبالإرث تتجدد الإضافة في حق الوارث . ولكن لا يتبدل وصف المحل فلا يكون عينه إذلالا لا بخلاف الاسترقاق فبه تتبدل صفة المحل فيصير مملوكا بعد أن كان مالكا والمملوكية إذا قوبلت بالمالكية كانت المملوكية في غاية الذل والهوان وهذا غير مشروع للكافر على المسلم وكذلك النكاح لأن بعقد النكاح يتجدد ثبوت المملوكية في المحل وكان ينبغي أن لا يثبت للمسلم على المسلمة إلا أن لضرورة الحاجة إلى قضاء الشهوة وإقامة النسل أثبت الشرع ذلك للمسلم على المسلمة فيبقى في حق الكافر إذلالا فلا يكون مشروعا للكافر على المسلمة ألا ترى أن ملك النكاح يبقى للكافر على المسلمة لأنه ليس في إبقاء الملك تبديل صفة المحل فصار الشراء هنا في معنى الإذلال بمنزلة البقاء في ملك النكاح يوضحه أن المحلية للنكاح باعتبار صفة المحل ولهذا لا يجوز للمسلم نكاح المجوسية والمرتدة والأخت من الرضاعة والمسلمة ليست بمتحللة في حق الكافر فلانعدام المحل لا ينعقد النكاح ولكن يبقى لأن فوات المحل عارض على شرف الزوال فيمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالفوات بسبب العدة وكذلك القبض الذي يتم به العقد ليس فيه معنى الإذلال : لأن ذلك يحصل بالتخلية وليس هذا نظير المحرم يشتري صيدا لأن الصيد في حق المحرم محرم العين قال الله تعالى : ﴿ وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ﴾ (المائدة : ٩٦) فلم يكن مالا متقوما كالخمر في حق المسلم ولهذا لا

يجوز بيعه عندنا فكذلك شراؤه فإنما بطل ذلك التصرف لانعدام المحل بخلاف ما نحن فيه ولسنا نقول بأنه لا يقر على مقصود هذا العقد بل يقر على مقصوده إذا أسلم ثم موجب الشراء إثبات الملك

فأما استدامة الملك فليس من موجبات العقد ولا يمنع صحة الشراء لكونه ممنوعا من استدامة الملك فيه كالمسلم يشتري عبدا مرتدا فيصح شراؤه وإن كان ممنوعا من استدامة الملك فيه وعند التأمل في تصحيح هذا الشراء إظهار ذل الكافر . دون المسلم لأن العبد المسلم يتسلط به على الكافر فيخاصمه ويجره إلى باب القاضي ويجبره على بيعه شاء أو أبى ولهذا يتبين أن هذا النوع من التصرف لم يدخل تحت قوله ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ (النساء : ١٤١) مع أن المراد بالآية أحكام الآخرة بدليل قوله تعالى ﴿ فالله يحكم بينكم يوم القيامة ﴾ (النساء : ١٤١)

وعلى هذا الخلاف الكافر إذا اشترى مصحفا لا يصح الشراء عند الشافعي لأنه يستخف به فيرجع ذلك إلى إذلال المسلمين وعندنا يصح شراؤه لأنه ليس في عين الشراء من إذلال المسلمين شيء وكلامنا في هذا الفصل أظهر فالكافر لا يستخف بالمصحف لأنه يعتقد أنه كلام فصيح وحكمه بالغة وإن كان لا يعتقد أنه كلام الله عز و جل فلا يستخف به ثم يجبر على بيع العبد من المسلمين لأنه لو ترك في ملكه استخدمه قهرا بملك اليمين وفيه ذل فيجبر على إزالة هذا الذل وذلك ببيعه من المسلمين ولا يترك ليبيعه من كافر آخر وإن كان لو باعه جاز ولكن المقصود لا يحصل به فلا يمكن منه وكذلك يجبر على بيع المصحف لأنه لا يعظمه كما يجب تعظيمه

وإذا ترك في ملكه يمسه وهو نجس وقال الله تعالى ﴿ إنما المشركون نجس ﴾ (التوبة : ٢٨) وقال الله تعالى في القرآن ﴿ لا يمسه إلا المطهرون ﴾ (الواقعة : ٧٩)

فلهذا يجبر على بيعه من المسلمين وكذلك إن أسلم مملوك الذمي فإنه يجبر على بيعه من المسلمين وذلك بعد أن يعرض عليه الإسلام فلعله يسلم فيترك العبد في ملكه فإن أبى ذلك أجبر على بيعه كالكافر إذا أسلمت امرأته يعرض عليه الإسلام فإن أبى فرق بينهما إلا أن ملك النكاح ليس بمال متقوم فيجوز إزالته مجانا عند إباية الإسلام وملك اليمين مال متقوم محترم بعقد الذمة فلا يجوز إبطاله عليه بالعتق مجانا ولا بد من إزالة ملكه عن المسلم فيجبر على بيعه بقيمته ليستوفي المالية ويحصل المقصود

(وإن كان للذمي عبد وامرأة له أمة قد ولدت منه فأسلم العبد وولده منها صغير فإنه يجبر على بيع العبد وولده) لأن الولد الصغير يصير مسلما بإسلام أبيه فيجبر على بيعه

وإن كان ذلك تفريقا بينه وبين أمة لأن هذا تفريق بحق وجب فيه فهو كما لو جنى الابن الصغير جناية فدفع بها أو لزمه دين فبيع فيه يجوز ذلك

وإن كان فيه تفريق بين الولد والأم ولكن لما كان بحق لزم ذلك في الولد خاصة واستقام ذلك فهذا مثله . وعن أبي يوسف أن في كل موضع يجب بيع الولد تباع الأم معه لأنه لا ضرورة في التفريق بينهما إذا كان كل واحد منهما محلا للبيع

(قال) (وإذا أسلم العبد وهو بين مسلم وكافر أجبر الكافر على بيع حصته منه اعتبارا للبعض بالكل وإن أسلم عبد الذمي فكاتبه جازت الكتابة) لأن ملكه فيه باق بعد إسلامه ونفوذ عقد الكتابة منه باعتبار ملكه ثم ما هو المقصود يحصل بالكتابة في الحال وهو إزالة ذله منه لأنه يصير بمنزلة الحر في حق اليد والمكاسب ولا يبقى له ولاية الاستخدام عليه قهرا بملك اليمين وربما يؤدي بدل الكتابة فيعتق ويتم المقصود به فإن عجز أجبر على بيعه لأن الكتابة انفسخت حين تحقق عجزه فظهر الحكم الذي كان قبل الكتابة وهو **الإجبار** على البيع

(وإن لم يكاتبه ولكنه رهنه عند مسلم أو كافر أجبر المولى على بيعه) لأن المقصود بعقد الرهن لم يحصل فالراهن يستخدم المرهون بإذن المرتهن والمرتهن بإذن الراهن ثم بعد الرهن هو محل للبيع فيبقى فيه حكمه وهو **الإجبار** على البيع

(فأما بعد الكتابة فلا يكون محلا للبيع ما بقيت الكتابة وإذا بيع المرهون فيكون ثمنه رهنا مكانه) لأن عقد الرهن قد صح باعتبار ملكه في المحل فيتحول حكمه إلى بدله كما إذا قبل المرهون وأخذ المرتهن قيمته وكذلك لو آجره من مسلم أو كافر فالمقصود وهو إزالة اليد عن المسلم لا يحصل بالإجارة بل يتحقق فيه معنى الإذلال ويبقى هو محلا للبيع بعد الإجارة فيجبر على بيعه ثم تبطل به الإجارة بخلاف الرهن

ألا ترى أن المؤجر إذا باع المؤاجر برضا المستأجر بطلت الإجارة والراهن إذا باع المرهون برضا المرتهن كان الثمن رهنا

(ولو كان رهنه أو أجره وهو كافر ثم أسلم في يد المرتهن أو المستأجر أجبرته على بيعه ولم أتركه يكون في ملك الكافر وهو مسلم) كما بينا أن الإذلال هنا يتقرر إذا ترك في ملكه فيجب إزالته **بالإجبار** على بيعه

(وإن كانت جارية فدبرها أو استولدها قبل الإسلام أو بعده جعلت عليها أن تسعى في قيمتها) لأن بيعها متعذر لما يقر فيها من حق العتق فيجب إخراجها عن ملك الكافر بالاستسعاء في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة ما دامت تسعى وعند زفر هي حرة والسعاية دين عليها

وعند الشافعي يجبر على بيع المدبرة وأم الولد بخارج وقد تقدم بيان هذا في كتاب العتاق

(وإذا باع الكافر عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم العبد فهو على خياره) لأن إسلامه لا يمنع ابتداء البيع ولا يمنع بقاءه بطريق الأولى (فإن نقض البيع أجبر على بيعه) لأن الأول صار كأن لم يكن (وإن أمضاه لكافر مثله أجزأه وأجبر ذلك الكافر على بيعه) كما لو باعه منه ابتداء بعد ما أسلم العبد وكذلك إن كان الخيار للمشتري فإن فسخ العقد أجبر على بيعه إذا كان كافرا وإن أمضى العقد والمشتري مسلم فهو سالم له

(قال) (وإذا اشترى الكافر عبدا مسلما شراء فاسدا وقبضه فإنه يجبر على رده على البائع سواء كان البائع مسلما أو كافرا ثم يجبر البائع على بيعه إن كان كافرا لأن فسخ البيع الفاسد مستحق شرعا ولا يفوت به ما يثبت من الحق للعبد بإسلامه فإن البائع يجبر على بيعه إذا كان كافرا ومع إمكان استيفاء الحقين لا يجوز ترك أحدهما

(فإن كان البائع غائبا فرفع العبد المشتري إلى القاضي أجبره على البيع إن كان شراء يجوز في مثله البيع منه) لأنه مالك له وقد تعذر فسخ العقد الفاسد لغيبة البائع ولا يجوز أن يترك المسلم في ملك الكافر فيجبر على بيعه

وهذا لأن في التأخير إلى أن يحضر البائع إضرارا بالعبد وإبقاء له في ذل الكافر وذلك ممتنع في الشرع وإن كان شراء لا يجوز في مثله البيع فهو غير مالك له ولا يمكن إجباره على بيعه ولكنه ملك الغير مضمون في يده أو أمانة بمنزلة المغصوب أو الوديعة

(مسلم اشترى عبدا مسلما من كافر شراء فاسدا أجبرته على رده على الكافر لفساد العقد ثم يجبر الكافر على بيعه) لأن استيفاء الحقين ممكن وإن كان الكافر غائبا فهو على حاله عند المسلم لأنه ليس في إبقاء المسلم في ملك المسلم معنى الإذلال ولو أن مسلما وهب عبدا مسلما لكافر أو تصدق به عليه جاز وأجبر الكافر على بيعه كما لو ملكه بسبب آخر

(ولو أراد المسلم أن يرجع في هبته كان له ذلك ما لم يبعه الكافر أو يعوض المسلم منه والكافر في حكم الهبة بمنزلة المسلم وكذلك لو كان الكافر هو الواهب للعبد المسلم من المسلم ثم رجع في هبته كان

له ذلك) لأن حقه في الرجوع كان ثابتا ما لم يصل إليه العوض فلا يبطل بإسلام العبد ولكن إذا رجع فيه أجبر على بيعه

(وإذا أسلم عبد النصراني فأجبره القاضي على بيعه فباعه ثم استحقه نصراني آخر ببينة مسلمين وقد أعتقه المشتري فإن عتقه باطل) لأن بالاستحقاق قد ظهر أن المشتري لم يملك وإن عتقه لم ينفذ لأن بائعه لم يكن مالكا فيأخذه المستحق ويجبر على بيعه ولا يقال ينبغي أن ينفذ البيع بإجبار القاضي عليه في حق المستحق إذا كان نصرانيا لأن القاضي إنما أجبر عليه المالك الظاهر له حين أبى أن يسلم فلا يتعدى ذلك إلى المستحق لأنه لم يكن ظاهرا يومئذ ولعله يسلم لو عرض عليه الإسلام

(ولو أن نصرانية تحت مسلم لها مملوك مسلم فأجبرت على بيعه فباعته من زوجها واشتراه زوجها لولد له صغير فذلك جائز) لأن المقصود قد حصل وهو إزالة ذل الكافر عن المسلم بخروجه من ملكها

(قال) (ولو أن يتامى من النصارى أسلم عبد لهم أجبروا على بيعه لتقرر السبب وهو ملك الكافر في العبد المسلم فإن كان لهم وصي باعه الوصي) لأنه قائم مقامهم في البيع الذي ليس بمستحق ففي البيع المستحق أولى

(وإن لم يكن لهم وصي جعل القاضي لهم وصيا فباعه لهم) لأنه إذا جاز للقاضي نصب الوصي نظرا منه لليتامى فلأن يجوز ذلك منه نظرا لليتامى ومراعاة لحرمة الإسلام أولى

(قال) (وإذا كان للمسلم عبد نصراني تاجر فاشترى عبدا نصرانيا فأسلم ولا دين على العبد التاجر لم أجبره على بيعه) لأن كسب العبد الذي لا دين عليه مملوك لمولاه وهو مسلم وإن كان عليه دين أجبرته على بيعه لأن المولى لا يملك من كسبه ما لم يقض عنه الدين كالأجنبي والعبد هو المستبد بالتصرف وهو نصراني فيجبر على بيعه كمكاتب نصراني لمسلم أسلم عبده

(قال) (وإذا اشتري النصراني عبدا مسلما فوجد به عيبا) فقال :

(أرده تركته حتى يرده) لأنه يستوفي بالرد حقه ويدفع به الضرر عن نفسه وأكثر ما فيه أن يكون رده إياه بمنزلة البيع منه وذلك صحيح

(وإن وكل وكيلا يخاصم عنه في العيب جاز حتى يبلغ اليمين بالله ما رأى ولا رضي فإذا بلغ ذلك لم يستطع رده حتى يحضر الموكل فيحلف وفي هذا الحكم يستوي الكافر والمسلم ثم في ظاهر الرواية القاضي يحلف المشتري بهذه الصفة ما رأى ولا رضي طلب البائع ذلك أو لم يطلب) ومن أصحابنا – رحمهم الله – من يقول : لا يحلف إلا بطلب البائع لأنه نصب لفصل الخصومة لا لإنشائها ولكنا نقول

هو مأمور بأن يصون قضاءه عن أسباب الخطأ وليس كل خصم يهتدي إلى ذلك ليسأل أو يتجاسر على ذلك مع حشمة القاضي فيحتاط القاضي بذلك ويحلفه بالله ما رأى العيب ولا رضي به

وفي موضع آخر قال : ولا أعرضه على بيع ثم يقضي بالرد فإن أقر الوكيل عند القاضي أن المشتري قد رضي بالعيب جاز ذلك على المشتري وإن وكل البائع وكيلا بالخصومة فإقرار وكيله عليه جائز في مجلس القاضي لأنه قائم مقام الموكل في جواب الخصم ولا يحلف الوكيل لأن النيابة في اليمين لا تجزئ ولكن يحضر الموكل فيحلف بالله لقد باعه وما هذا به وقد قررنا هذا في كتاب العيوب

(قال) (ولا يجوز بين أهل الذمة شيء من بيوع الصرف والسلم وغيرهما إلا ما يجوز بين أهل الإسلام ما خلا الخمر والخنزير فإن أجيز ذلك بينهم وأستحسن ذلك) لأنهما أموال متقومة في حقهم والأثر الذي جاء فيه عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حيث قال ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها وقد تقدم بيان هذا الفصل في كتاب الغصب وأوضحنا الفرق بين الربا والتصرف في الخمر والخنزير باعتبار أن ذلك مستثنى من عقد الذمة ونذكر هنا حرفا آخر للفرق بينهما فنقول لما بقي الخمر والخنزير مالا متقوما في حقهم فلو لم نجز تصرفهم فيهما بالبيع والشراء لم تظهر فائدة المالية والتقوم فيكون إضرارا بهم ولو منعناهم عن عقود الربا لأدى ذلك إلى إبطال فائدة المالية والتقوم لأنهم قد لا يتمكنون من التصرف في ذلك المحل إلا بطريق الربا

(قال) (ولا يحل للمسلم بيع الخمر ولا أكل ثمنها) بلغنا ذلك عن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - وفيه حديثان :

أحدهما : قوله صلى الله عليه و سلم (لعن الله في الخمر عشرة) وذكر في الجملة بائعها

والثاني : قوله صلى الله عليه و سلم (إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها) . وفي حديث آخر قال صلى الله عليه و سلم (لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا ثمنها وإن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم بيعه وأكل ثمنه) وبهذه الآثار تبين أن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم فلا يجوز بيعه إياها

(قال) (وإذا اشترى المسلم عصيرا فلم يقبضه حتى صار خمرا فالبيع فاسد) لأنه تعذر قبضه بعد التخمر وبالقبض يتأكد الملك المستفاد بالعقد ويستفاد بملك التصرف وكما لا يجوز ابتداء العقد على الخمر من المسلم فكذلك لا يجوز قبض الخمر بحكم العقد فإن صارت خلا قبل أن يترافعا إلى السلطان فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - أما عند

محمد فالبيع باطل هكذا ذكر الكرخي لأن العقد فسد بالتخمر فلا يمكن تصحيحه على الخل إلا بالاستقبال وهذا لأن التخمر قبل القبض كالموجود عند العقد

(ولو اشترى المسلم خمرا فتخللت لا يصح العقد) وجه قولهما : أن أصل العقد كان صحيحا ثم بالتخمر فات القبض المستحق بالعقد العارض على شرف الزوال وهو انعدام المالية والتقوم فإذا زال صار كأن لم يكن كما لو أبق المبيع قبل القبض ثم عاد من إباقه إلا أن المشتري هنا مخير لتغيير صفة المبيع وهو في ضمان البائع ولهذا لو خاصمه فيها قبل أن يصير خلا فأبطل القاضي البيع ثم صارت خلا بعد ذلك لم يكن له عليها سبيل لأن العقد انفسخ بقضاء القاضي كما في الإباق إذا عاد بعد ما فسخ القاضي البيع بينهما وبه فارق ما لو كانت خمرا في الابتداء فإن هناك البيع ما انعقد صحيحا

ألا ترى أنه لو باع العبد وهو آبق ثم رجع من إباقه لم يصح البيع

وعلى هذا النصراني لو اشترى من نصراني خمرا ثم صارت خلا ثم أسلما فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ وإن شار ترك لتغير صفة المبيع وإن أسلما ثم صارت خلا فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا ثم ذكر مسألة اقراض النصراني نصرانيا خمرا وقد تقدم بيان ذلك في كتاب الغصب ." (١)

" قال – رحمه الله – (وإذا كانت الغنم بين قوم ميراثا أو شراء فأراد بعضهم قسمتها وكره ذلك بعضهم وقامت البينة على الأصل فإن القاضي يقسمها بينهم) لأن اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن للتقارب في المقصود فيغلب معنى التمييز في هذه القسمة على معنى المعاوضة وبمعنى التمييز يثبت للقاضي ولاية إجبار بعض الشركاء عليه وكذلك كل صنف من الحيوان أو غيره من الثياب أو ما يكال أو يوزن فعند اتحاد الجنس يجبر القاضي على القسمة عند طلب بعض الشركاء إلا في الرقيق

فإن أبا حنيفة – رحمه الله – يقول : لا يقسم الرقيق بينهم إذا كره ذلك بعضهم

وقال أبو يوسف ومحمد – رحمهما الله – يقسم ذلك بينهم بطلب بعضهم لأن الرقيق جنس واحدا إذا كانوا ذكورا أو إناثا ومراعاة المعادلة في المنفعة ممكن لتقارب المقصود فيقسمها بينهم عند طلب بعضهم كما في سائر الحيوانات

---

(١) المبسوط، ٢١٣/٦

(ألا ترى) أن الرقيق كسائر الحيوانات في سائر العقود من حيث أنها تثبت في الذمة مهرا ولا تثبت سلما فكذلك في القسمة يجعل الرقيق كسائر الحيوانات والدليل عليه أن الرقيق يقسم في الغنيمة كسائر الأموال فكذلك في القسمة بين الشركاء

وأبو حنيفة – رحمه الله – يقول : التفاوت في الرقيق أظهر منه في الأجناس المختلفة فإن الأجناس المختلفة قد تتفاوت في المالية والرقيق يتفاوت تفاوتا فاحشا ثم قسمة الجبر لا تجري في الأجناس المختلفة فكذلك في الرقيق وهذا لأن المعتبر المعادلة في المالية والمنفعة وذلك يتفاوت في الآدمي باعتبار معاني باطلة لا يوقف عليها حقيقة كالدهن والكتابة وقد يرى الإنسان من نفسه ما ليس فيه حقيقة أو أكثر مما هو فيه فيتعذر اعتبار المعادلة في المالية وبترجح معنى المعاوضة في هذه القسمة على معنى التمييز فلا يجوز إلا بالتراضي

والدليل على الفرق بين الرقيق وسائر الحيوانات : أن الذكور والإناث في سائر الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق هما جنسان حتى إذا اشترى شخصا على أنه عبد فإذا هي جارية لم يجز الشراء بخلاف سائر الحيوانات وما كان ذلك إلا باعتبار معنى التفاوت وهذا بخلاف قسمة الغنيمة فإنها تجري في الأجناس المختلفة وكان المعنى فيه أن حق الغانمين في معنى المالية دون العين حتى كان للإمام بيع المغانم وقسمة الثمن فإنما يعتبر اتصال مقدار من المالية إلى كل واحد منهم فأما في الشركة الملك حق الشركاء في العين والمالية فللإمام حق التمييز بالقسمة على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فإذا كان يتعذر اعتبار المعادلة هنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضي ولاية **الإجبار** على القسمة إلا أن يكون مع الرقيق شيء آخر من غنم أو ثياب أو متاع فحينئذ يقسم ذلك كله

وكان أبو بكر الرازي – رحمه الله – يقول : تأويل هذه المسألة أنه يقسم ذلك برضاء الشركاء فأما مع كراهة بعضهم القاضي لا يقسم لأنه إذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لا يقسم قسمة الجبر عند أبي حنيفة – رحمه الله – فعند اختلاف الجنس أولى

والأظهر أن قسمة الجبر هنا تجري عند أبي حنيفة – رحمه الله – باعتبار أن الجنس الآخر الذي هو مع الرقيق يجعل أصلا في القسمة وحكم القسمة جبرا يثبت فيه فيثبت في الرقيق أيضا تبعا وقد يثبت حكم العقد في الشيء تبعا وإن كان لا يجوز إثباته فيه مقصودا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقت وكأنه استحسن ذلك لأنه قل ما تخلو تركة يحتاج فيها إلى قسمة القاضي عن الرقيق

وإذا كان مع الرقيق شيء آخر فباعتبار المعادلة في المالية يتيسر بخلاف ما إذا كان الكل رقيقا فعند مقابلة الرقيق بالرقيق يعظم الغبن والتفاوت وعند مقابلة الرقيق بمال آخر يقل التفاوت

وإن كان الذي بين الشركاء ثوب زطي وثوب هروي وبساط ووسادة لم يقسمه إلا برضاهم لأن في الأجناس المختلفة القسمة تكون بطريق المعاوضة فإن كل واحد من الشريكين يتملك على شريكه نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضا عما يملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر وفي المعاوضات لا بد من التراضي فإن كان في الميراث بينهم رقيق وثياب وغنم ودور وضياع فاقتسموها بينهم وأخذ كل واحد منهم صنفا جاز ذلك لوجود التراضي منهم على إنشاء المعاوضة

وإن رفعوا إلى القاضي قسم كل صنف بينهم على حدة ولا يضيف بعضها إلى بعض لأن للقاضي ولاية التمييز بالقسمة وإنما يغلب معنى التمييز إذا قسم كل واحد من صنف على حدة ولأن القاضي يعتبر المعادلة في كل ما يتهيأ له اعتباره وقسمة كل صنف على حدة أقرب إلى المعادلة فأما اتفاقهم على القسمة يعتمد التراضي دون المعادلة

وإذا تمت بتراضيهم بعد ذلك كيف وقعت القسمة وإذا كانت الغنم بين رجلين فقسماها نصفين ثم أقرعا فأصاب هذا طائفة وهذا طائفة ثم ندم أحدهما وأراد الرجوع فليس له ذلك لأن القسمة قد تمت بخروج السهام

وكذلك لو رضيا برجل قسمها ولم يألوا أن يعدل في ذلك ثم أقرع بينهما فهو جائز عليهما لأن فعله بتراضيهما كفعلهما وإن تساهموا عليها قبل أن يقسموها فأيهم خرج سهمه عدوا له الأول فالأول فهذا يجوز لأنه مجهول لا يعرف ما يصيب كل واحد منهم بالقسمة وفي القسمة معنى البيع فالجهالة التي تفضي إلى المنازعة تفسدها كما تفسد البيع

وإن كان في الميراث إبل وبقر وغنم فجعلوا الإبل قسما والغنم قسما والبقر قسما ثم تساهموا عليها وأقرعوا على أن من أصابه الإبل رد كذا درهما على صاحبيه نصفين فهو جائز لأن القسمة لا تتم بينهم إلا بخروج القرعة وعند ذلك من وجب عليه الدراهم ومن وجب له معلوم بخلاف الأول فهناك عند خروج القرعة ما يأخذه كل واحد ممن خرجت القرعة باسمه مجهول فيما يتفاوت فإن ندم أحدهم بعد ما وقعت السهام لم يستطع نقض ذلك لأن القسمة تمت بالتراضي

فإن رجع عن ذلك قبل أن يقع السهام فله ذلك لأن القسمة لم تتم بعد ونفوذ هذه القسمة باعتبار المراضات فيعمل الرجوع من كل واحد منهم قبل تمامها كما في البيع يصح الرجوع بعد الإيجاب قبل القبول

وكذلك إن وقع سهم وبقي سهمان فرجع عن ذلك جاز رجوعه وإن وقعت السهام كلها إلا سهم واحد لم يكن لبعضهم أن يرجع بعد ذلك لأن القسمة قد تمت فبخروج سائر السهام يتعين ما يصيب السهم الباقي خرج أو لم يخرج

وإن كان الثوب بين رجلين فأراد أحدهما قسمته لم يقسم لأن في قسمته ضررا فإنه يحتاج إلى قطع الثوب بينهما وفي قطعه إتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء

فإن رضيا بذلك جميعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر

وقد قال بعض مشايخنا : القاضي لا يفعل ذلك وإن تراضيا عليه ولكن إن اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لأن في هذه القسمة إتلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف وقد تقدم نظيره فيما لا يحتمل القسمة كالحمام وغيره فإن اقتسماه فشقاه طولا أو عوضا بتراض منهما فهو جائز وليس لواحد منهما أن يرجع بعد تمام القسمة

وإن كانت الثياب بين قوم إن اقتسموها لم يصب كل واحد منهم ثوب تام فإن القاضي لا يقسمها بينهم لأنها تحتاج إلى القطع وفيه إتلاف جزء

وإن تراضوا بينهم على شيء جاز ذلك

ولو كانت ثلاثة أثواب بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فإني أنظر في ذلك إن كانت قسمتها تستقيم من غير قطع بأن تكون قيمة ثوبين مثل قيمة الثالث فإن القاضي يقسمها بينهما فيعطي أحدهما ثوبين والآخر ثوبا

وإن كان لا يستقيم لم أقسمها بينهم إلا أن تراضوا فيما بينهم على شيء هكذا

قال في الكتاب والأصح : أن يقال إن استوت القيمة وكان نصيب كل واحد منهما ثوب ونصف فإنه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركا وكذلك إن استقام أن يجعل أحد القسمين ثوبا وثلثي الآخر والقسم الآخر ثوبا وثلث الآخر أو أحد القسمين ثوبا وربعا والآخر ثوبا وثلاثة أرباع فإنه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا لأنه تيسير عليه التمييز في بعض المشترك

ولو تيسر ذلك في الكل كان يقسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك إذا تيسر ذلك في البعض والله أعلم بالصواب ." (١)

---

(١) المبسوط، ٣٠٣/٦

" قال – رحمه الله – (ولا يقسم الحمام والحائط وما أشبه ذلك بين الشركاء لما فيها من الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة فإذا أدى إلى الضرر وقطع المنفعة عن كل واحد منهما على الوجه الذي كان قبل القسمة لم يجبر القاضي عليه) فإن رضوا به جميعا قسمه لوجود التراضي منهم بالتزام الضرر ومن أصحابنا – رحمهم الله – من يقول هذا في الحمام فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه بجهة أخرى بأن يجعله بيتا وربما كان ذلك مقصود كل واحد منهم فأما في الحائط إن رضوا بالقسمة لينتفع كل واحد منهم من غير هدم فكذلك الجواب

وإن رضوا بالهدم وقسمة الأسهم لم يباشر القاضي ذلك لما فيه من إتلاف الملك ولكن إن فعلوا ذلك فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك وفي البيت الصغير لا يقسمه القاضي بينهم إذا كره ذلك بعضهم ولأن نصيب كل واحد منهم بعد القسمة ما ينتفع به إلا أن تتفاوت انصباؤهم وكان صاحب الكبير ينتفع بنصيبه بعد القسمة وهو الطالب للقسمة فحينئذ يقسمه القاضي لأنه متظلم يطلب من القاضي أن يمنع الغير من الانتفاع بملكه

ولو كان بناء بين رجلين في أرض رجل قد بنيا بإذنه ثم أراد قسمة البناء وصاحب الأرض غائب فلهما ذلك بالتراضي

وإن امتنع أحدهما لم يجبر عليه لأن كل واحد منهما بعد القسمة لا يتمكن من إبقاء نصيبه من البناء والانتفاع به فالأرض لغيرهما بطريق العارية أو الإجارة في أيديهما وكل جزء منه كذلك بينهما ولكل واحد منهما أن يمنع صاحبه من الاختصاص بالانتفاع بما هو مستعار له أو مستأجر فكان لكل واحد منهما أن يكلف صاحبه رفع البناء لو صحت القسمة وفيه ضرر عليهما فلا يفعل القاضي ذلك إذا أتى أحدهما

وإن كان أراد هدم البناء ففي هذه القسمة إتلاف الملك وقد بينا أن القاضي لا يفعل ذلك ولكن إن أرادا فعله لم يمنعهما عن ذلك وإن أخرجهما صاحب الأرض هدماه لأن صاحب الأرض له عارية في أيديهما وللمعير في العارية حق الاسترداد متى شاء فيكلفهما هدم البناء ثم النقض يحتمل القسمة بينهما فيفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء

وإذا كان طريق بين قوم إن اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فأراد بعضهم قسمته لم أقسمه لما في القسمة من الضرر على بعض الشركاء بقطع منفعة ملكه عنه ويستوي إن كره صاحب الكثير أو صاحب القليل لأنه كان لكل واحد منهما حق التطرق إلى ملكه في هذا الطريق قبل القسمة وصاحب

القليل من ذلك مستو بصاحب الكثير وفي القسمة تفويت هذا الحق عليه بخلاف البيت فهناك الانتفاع بعين البيت وصاحب الكثير فيه غير مستو بصاحب القليل وانقطاع المنفعة عنه لقلة نصيبه لا لأجل القسمة فلهذا قسم القاضي هناك بطلب صاحب الكثير وهنا لا يقسم إذا كان في قسمته ضرر على بعضهم دون بعض في صغر أو أنه لا يجد طريقا إلا أن يتراضوا جميعا وإن كان يكون لكل واحد منهم طريق نافذ قسمته إذا طلب ذلك أحدهم لأنه ليس في القسمة تفويت المنفعة على بعضهم بل فيها تخصيص كل واحد منهم بالانتفاع في ملكه ورقبة الطريق مشتركة بينهم بمنزلة الأرض فتقسيمها بطلب بعضهم

وإن كان طريق بين رجلين إن اقتسماه لم يكن لواحد منهما فيه ممر وكل واحد منهما يقدر أن يفتح في منزله بابا ويجعل طريقه من وجه آخر فأراد أحدهما قسمته وأبى الآخر قسمته بينهما لأنه لا ضرر على واحد منهما في القسمة فكل واحد منهما يتمكن من التطرق إلى ملكه من جانب آخر ولا فرق في حقه بين التطرق من هذا الجانب وبينه من الجانب الآخر

وإذا كان مسيل ماء بين الرجلين أراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فإن كان فيه موضع يسيل فيه ماؤه سوى هذا قسمته

وإن لم يكن له موضع إلا بضرر لم أقسمه وهذا والطريق سواء فالمقصود هنا الانتفاع بتسييل الماء وهناك بالتطرق ولا فرق في حق كل واحد منهما بين أن يسييل ماؤه من هذا الجانب أو من جانب آخر إذا كان يتيسر له ذلك من غير ضرر وإنما شرط هذه الزيادة لأن التصويب قد يكون من جانب ولا يمكن جعل ذلك في جانب آخر بلا ضرر

وإن كانت أرض صغيرة بين قوم إن اقتسموها لم يصب كل واحد منهم شيء ينتفع به فأراد بعضهم قسمتها لم أقسمها وهو وما تقدم من البيت الصغير سواء

وإن كانت حانوت في السوق يبيعان فيه أو يعملان بأيديهما سواء فأراد أحدهما قسمته فإني أنظر في ذلك فإن كان يصيب كل واحد منهما موضع يعمل فيه قسمته بينهما

وإن كان لم يصبه ذلك لم أقسمه بينهما لمعنى الضرر

وإن كان الزرع بين ورثة في أرض لغيرهم فأرادوا قسمة الزرع فإن كان قد أدرك لم أقسمه بينهم حتى يحصد بالتراضي ولا بغير التراضي لأن الحنطة مال الربا فلا يجوز قسمته مجازفة إلا بكيل ولا يمكن قسمته بالكيل قبل الحصاد

وإن كان بقلا لم أقسمه لما في ذلك من الضرر على كل واحد منهم فإنه لا يتمكن بعد القسمة من ترك نصيبه بغير رضاء أصحابه لأن موضعه من الأرض عارية لهم جميعا إلا أن يشترطوا في البقل أنه يجز كل واحد منهم ما أصابه فإذا اقتسموها على هذا بتراضيهم أجزته لما بينا أن في هذه القسمة إتلاف جزء فلا يباشره القاضي ولا يمنع الشركاء منه إن تراضوا عليه

ولو كانت أرض بين رجلين فأرادا أن يقتسما زرعها دون الأرض لم يجز ذلك إن اشتراطا تركه في الأرض إلى وقت الإدراك وإن اشترطا جز ذلك واجتمعا عليه أجزته والقسمة في هذا كالبيع فكما لا يجوز شراء الزرع قبل الإدراك بشرط الترك ويجوز بشرط القطع فكذلك القسمة وكذلك طلع في نخل بين قوم إن اقتسموا الطلع على أن يتركوا على النخل لم يجز

وإن اقتسموه على أن يقطع كل واحد منهم ما أصابه أجزت ذلك بمنزلة الشراء فإن استأذن رجل منهم أصحابه بعد القسمة في ترك ما أصابه فاذنوا له فأدرك وبلغ طاب له الفضل

وإن تركه بغير رضاهم يصدق بالفضل بمنزلة المشتري للثمار على رؤوس النخيل قبل الإدراك إن ترك بإذن البائع طاب الفضل وكل شيء يحتاج في قسمته إلى كسر أو قطع لم أقسمه بينهم لما في ذلك من إتلاف الجزء إلا أن يرضى جميع الشركاء فإن رضوا قسمته فالمراد أني لا أمنعهم من أن يفعلوا ذلك بالتراضي فأما أن يباشر القاضي ذلك فلا

وإن أوصى بصوف على ظهر غنمه لرجلين فأراد قسمته قبل الجز لم أقسمه وكذلك اللبن في الضرع لأن ذلك مال الربا فإنه موزون أو مكيل فلا يمكن قسمته إلا بوزن أو كيل وذلك بعد الحلب والجز

فأما الولد في البطن فلا يجوز شركته بين الشركاء بحال لمضي الضرر والجهالة ولأن المقصود بالقسمة الحيازة وذلك فيما في البطن لا يتصور لأن كل واحد منهما لا يتمكن من إثبات اليد على نصيبه قبل الانفصال وكذلك لو قسما ذلك بينهما بالتراضي لم يجز

وإن كانت قوصرة تمر بينهما أو دن خل فأراد أحدهما قسمته لأن هذا مما يتأتى فيه الكيل والوزن والقسمة فيه تمييز محض لكل واحد من الشريكين أن ينفرد به فكذلك يفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء وإن كانت خشبة أو باب أو رحاء أو دابة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها لم تقسم لأنها لا تحتمل القسمة من غير ضرر

وكذلك اللؤلؤة والياقوتة لا يمكن قسمتها إلا بضرر ويقسم اللؤلؤ واليواقيت بين الشريكين إذا أراد ذلك أحدهما لأن التعديل في المنفعة والمالية ممكن إذا كانت بأعيانها

وإن كانت جنة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فإن كان في قطعها ضرر على واحد منهما لم أقسمها وإن لم يكن في ذلك ضرر قسمتها وقطعتها بمنزلة الثوب الواحد وإن كان حبا كثيرا قسمته بينهما لأنه لا حاجة إلى القطع هنا في القسمة وهو نظير الثياب إذا كانت من نوع واحد وتقسم نقرة الفضة والذهب وما أشبه ذلك مما ليس بمصوغ من الحديد والصفر والنحاس لأنه لا ضرر في قطع ذلك على واحد منهما وكذلك علو بين رجلين نصيب كل واحد منهما ما ينتفع به والسفل لغيرهما أو سفل بينهما والعلو لغيرهما فكذلك كله يقسم إذا طلب بعض الشركاء لأن العلو والسفل كل واحد منهما مسكن وفي القسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما

وإذا كان بين رجلين بئرا وعين أو قناة أو نهر لا أرض مع ذلك بينهما فأراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فإني لا أقسم ذلك بينهما لأنه غير محتمل للقسمة وفيه ضرر على كل واحد منهما فإن كان مع ذلك أرض ليس لها شرب إلا من ذلك قسمت الأرض بينهما وتركت القناة والبئر والنهر على حالها لكل واحد منهما شربه منها

وإن كان كل واحد منهما يقدر على أن يجعل لأرضه شربا من مكان آخر أو كانت أرضين وأنهار متفرقة أو آبار قسمت ذلك كله فيما بينهم لأنه لا ضرر على واحد منهم في هذه القسمة أو قسمة النهر والعين هنا تبع لقسمة الأراضي فهو بمنزلة البيع فالشرب يدخل في بيع الأرض تبعا

وإن كان البيع لا يجوز فيه مقصودا فكذلك في القسمة وقال أبو حنيفة - رحمه الله - لا أجبر واحدا منهما على البيع في شيء مما سميناه في هذا الكتاب

وإن طلب ذلك شريكه وكان مالك - رحمه الله - يقول : إذا كان المشترك بحيث لا يحتمل القسمة بين الشريكين فإن القاضي يجبر أحدهما على بيع نصيبه إذا طلب الآخر ذلك أو يبيع ذلك بنفسه ويقسم الثمن بينهما لأنه لا طريق لتوفير المنفعة على كل واحد منهما إلا هذا

وإذا ثبت له ولاية **الإجبار** على القسمة لتوفير المنفعة على كل واحد منهما فكذلك يثبت له ولاية **الإجبار** على البيع في كل موضع تتعذر القسمة ولا يقال كل واحد منهما يقدر على بيع نصيبه وحده لأنه يتضرر بذلك فالأشقاص لا تشترى إلا بثمن وكس فينبغي أن تثبت له ولاية **الإجبار** على البيع لدفع الضرر

وحجتنا في ذلك أن في **الإجبار** على البيع معنى الحجر على الحد وذلك غير جائز عندنا ثم كل واحد منهما متمكن من بيع نصيبه وحده فلا حاجة إلى إجبار الشريك على ذلك لنفوذ تصرفه في نصيبه تبعا

قوله : بأن لا يشتري منه إلا بوكس

قلنا : أنه لا يملك نصيبه إلا مشتركا ويتوفر عليه نصيبه مشتركا إنما يحصل له زيادة على ذلك فلا حق له في الزيادة توضيحه أن ولاية **الإجبار** لمعنى الإحراز وتحصيل الملك كما في القسمة وفي **الإجبار** هنا إزالة الملك وللناس في أعيان الملك أغراض

(ألا ترى) أنه ليس لواحد منهما أن يجبر صاحبه على بيع نصيبه منه فلأن لا يكون له أن يجبره على بيع نصيبه من غيره كان أولى والله أعلم بالصواب ." (١)

" قال – رحمه الله – (وإذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة – رحمه الله –) وهو قول زفر والحسن بن زياد – رحمهم الله

وقال أبو يوسف ومحمد – رحمهما الله – هو ضامن إلا إذا تلف بأمر لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق الغالب وكذلك الخلاف في كل أجير مشترك كالأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره والمشترك من يستوجب الأجر بالعمل ويعمل لغير واحد ولهذا يسمى مشتركا ولا خلاف أن أجير الواحد لا يكون ضامنا لما تلف في يده من غير صنعه وهو الذي يستوجب البدل بمقابلة منافعه حتى إذا سلم النفس استوجب الأجر وإن لم يستعمله صاحبه ولا يملك أن يؤجر نفسه من آخر في تلك المدة

وجه قولهما : أنه خالف بموجب العقد فكان ضامنا كما إذا دق الثوب وتخرق وبيان ذلك أن المعقود عليه هو الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما فإذا سرق تبين أنه لم يأت بالحفظ السليم فكان مخالفا موجب العقد كما قلنا في الدق فالمستحق بالعقد وفى سليما عن عيب التخرق فإذا تخرق كان ضامنا وهذا في الأجير بالحفظ ظاهر وكذلك في القصار فإنه لا يتوصل إلى إقامة العمل إلا بالحفظ والعمل مستحق عليه وما لا يتوصل إلى المستحق إلا به يكون مستحقا والمستحق بالمعاوضة السليم دون المعيب والبدل وإن لم يكن بمقابلة الحفظ هنا لكن لما كان مستحقا بعقد المعاوضة تعتبر فيه صفة السلامة كأوصاف المبيع إلا أن ما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا كما في السراية في حق النزاع فإنه عفو لأنه لا يستطاع الامتناع منه

والقياس ما قاله أبو حنيفة – رحمه الله – لأنه قبض العين بإذن المالك لمنفعته وهو إقامة العمل له فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمودع وأجير الواحد وهذا لأن الضمان إما أن يكون ضمان عقد أو ضمان

---

(١) المبسوط، ٣٠٩/٦

جبران والعقد وارد على العمل لا على العين فلا تصير العين به مضمونة والجبران للفوات وهو ما فوت على المالك شيئا حين قبضه بإذنه وبهذا الطريق لا يضمن أجير الواحد فكذلك المشترك

وهما يقولان يستحسن فنضمن المشترك احتياطا بخلاف الخاص فالعين هناك في يد صاحبه لأن أجير الخاص يعمل له في بيته ولأن البدل هناك ليس بمقابلة العمل فلا تشترط فيه السلامة عن العيب ولكن أبو حنيفة – رحمه الله – يقول هذا نظر فيه ضرر في حق الأجير وهو أن يلزمه ما لم يلتزمه ونظر الشرع للكل فمن النظر للأجير أن لا يكون مضمونا عليه ولما تساوى الجانبان لم يجب الضمان بالشك وما قال إنما يستقيم أن لو كان التلف يتولد من الحفظ كما يتولد من العمل ولا يتصور تولد التلف من الحفظ إلا أن يضيع بترك الحفظ وعند ذلك هو ضامن لا أجر له عند أبي حنيفة – رحمه الله – لأن المعقود عليه الوصف الحادث في الثوب بعمله وقد فات قبل تمام التسليم على صاحبه فلا أجر له بخلاف أجير الواحد فالمعقود عليه هناك منافعه في المدة وقد تم التسليم فيه فبهلاك العين عنده لا يبطل الأجر

وأما عندهما رب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة الثوب مقصورا وأعطاه الأجر وإن شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له لأن المعقود عليه صار مسلما من وجه باتصاله بالثوب إلا أنه لم يتم التسليم حتى تغير إلى البدل وهو ضمان القيمة فيتخير صاحب الثوب إن شاء رضي به متغيرا فضمنه قيمته مقصورا وأعطاه الأجر وإن شاء لم يرض بالتغير وفسخ العقد فيه فيضمنه قيمة ثوبه أبيض بمنزلة ما لو قبل المبيع قبل القبض فإنه يتخير المشتري

فأما إذا تلف بعمله بأن دق الثوب فتخرق فهو ضامن عندنا

وقال زفر – رحمه الله – لا ضمان عليه إن لم يجاوز الحد المعتاد

وللشافعي – رحمه الله – فيه قولان :

في أحد القولين يقول : هو ضامن سواء تلف بفعله أو بغير فعله

وفي قوله الآخر يقول : لا ضمان عليه سواء تلف بفعله أو بغير فعله

وجه قول زفر – رحمه الله – أنه عمل مأذون فيه فما تلف بسببه لا يكون مضمونا عليه كالمعين في الدق وأجير الواحد وبيانه أنه استأجره ليدق الثوب والدق عمل معلوم بحده وهو إرسال المدقة على المحل من غير عنف وقد أتى بتلك الصفة فكان مأذونا فيه ثم التخرق إنما كان لوهاء في الثوب وليس في وسع العامل التحرز من ذلك فهو نظير البزاغ والفصاد والحجام والختان إذا سرى إلى النفس لا يجب الضمان

عليهم لهذا المعنى وهذا لأن العمل مستحق عليه بعقد المعاوضة وما يستحق على المرء لا يبعد بما ليس في وسعه وبه فارق المشي في الطريق والرمي إلى الهدف فإنه مباح غير مستحق عليه فقيد بشرط السلامة

والدليل عليه أن أجير القصار إذا دق فتخرق الثوب لم يجب الضمان على الأجير وعندكم يجب الضمان على الأستاذ فإن كان هذا العمل مأذونا فيه لم يجب الضمان على أحد وإن لم يكن مأذونا فيه فهو موجب للضمان على من باشره فأما أن يقال من باشره لا يضمن وغيره يضمن بسببه فهو بعيد جدا وحجتنا في ذلك أن التلف حصل بفعل غير مأذون فيه فيكون مأذونا كما لو دق الثوب بغير أمره وبيان ذلك أن الإذن ثابت بمقتضى العقد والمعقود عليه عمل في الذمة والعقد عقد معاوضة فمطلقه يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب كعقد البيع وما في الذمة يعرف بصفته والموصوف بأنه سليم غير الموصوف بأنه معيب فإذا ثبت أن المعقود عليه العمل السليم المزين للثوب عرفنا أن المعيب المخرق للثوب غير المعقود عليه فلا يكون مأذونا فيه وبه فارق أجير الواحد

ومن أصحابنا – رحمهم الله – من يقول : هناك البدل ليس بمقابلة السليم بل بمقابلة تسليم النفس دون العمل وصفة السلام في العمل بمقتضى عقد المعاوضة إلا أن هذا ليس بقوي فالمعقود عليه في الموضعين العمل والبدل بمقابلة المقصود إلا أن هناك يقام تسليم النفس مقام العمل دفعا للضرر عن الأجير لتضيق مدة التسليم عليه وهذا لا يدل على أنه إذا وجد ما هو المقصود لا يكون البدل بمقابلته كما يقام تسليم النفس في النكاح مقام ما هو المقصود

ثم إذا وجد ما هو المقصود وهو الوطء كان البدل بمقابلته فالصحيح أن يقول المعقود عليه في حق أجير الواحد منافعه ولهذا يشترط إعلامه ببيان المدة ومنافعه عين والعين لا تختلف بكونه سليما أو معيبا كما في بيع العين فإنه وإن وجد بالمعقود عليه عيبا لا يخرج العقد به من أن يكون متناولا له فعرفنا أن الإذن متناول للعمل معيبا كان أو سليما وهنا المعقود عليه عمل في الذمة بمنزلة المسلم فيه وعقد السلم إذا تناول الجيد لا يكون الرديء معقودا عليه ما لم يسقط حقه في الجودة بالرضاء به فهنا ما دام العمل السليم معقودا عليه لا يكون المعيب معقودا عليه إلا أن يرضى به وهذا بخلاف المعين فإنه واهب للعمل والهبة لا تقتضي السلامة عن العيب فبالتخرق لا يخرج العمل من أن يكون مأذونا فيه وبخلاف البزاغ والفصاد والحجام فهناك العمل معلوم بحده لا بصفته لأنه حرج والحرج الذي هو غير ساري ليس في وسع البشر فإنما يلتزم بعقد المعاوضة ما يقدر على تسليمه دون ما لا يقدر فأما التحرز عن التخرق في وسع القصاء في الجملة إلا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وذلك لا يمنع صحة التزامه بعقد المعاوضة

يوضحه : أن التخرق إما أن يكون لشيء في طي الثوب أو لرقة في الثوب أو لحدة في المدقة وكل هذا يمكن الوقوف عليه عند التأمل فأما السراية فلضعف الطبيعة عن دفع أثر الجناية ولا طريق للوقوف بحال

يوضحه : أن التلف هناك لا يحصل في حال العمل وإنما يكون بعد الفراغ منه بمدة والعمل مضمون عليه لأنه يقابله بدل مضمون فما يقابل المضمون يكون مضمونا إلا أنه بالفراغ منه يصير مسلما إلى صاحبه فإنما حصل التلف بعد خروجه من ضمان العاقد وهنا التخرق يحصل في حال العمل لا بعد الفراغ من العمل وفي حال العمل التسليم لم يوجد بعد وهو عمل مضمون عليه لأنه يقابله بدل مضمون والمتولد من المضمون يكون مضمونا فأما أجير القصار فهو أجير واحد والبدل في حقه بمقابلة منافعه فلهذا لا يكون ضامنا ثم عمله للأستاذ كعمل الأستاذ بنفسه وهو لو قام بالثوب بنفسه فخرق الثوب كان ضامنا فكذلك إذا عمل له أجيره

إذا عرفنا هذا فنقول لصاحب الثوب الخيار إن شاء ضمنه قيمته مقصورا وأعطاه الأجر وإن شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له

قال بشر بن غياث – رحمه الله – : وهذا الجواب صحيح على أصل أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – لأن عندهما قبضه ضمان فله أن يضمنه قيمته وقت القبض غير مقصور فأما عند أبي حنيفة – رحمه الله – هو خطأ لأن عنده قبل قبض القصار قبض أمانة وإنما الموجب للضمان عليه العمل فيكون له أن يضمنه قيمته معمولا ولا خيار له في ذلك

ولكن الأصح ما قلنا فإنا لا نقول نضمنه قيمته بالقبض ولكنه يضمنه قيمته بالإتلاف إن شاء معمولا وإن شاء غير معمول لأن العمل يصير مسلما من وجه باتصاله بالثوب وذلك العمل يجوز أن يكون معقودا عليه عند الرضاء به كالرديء في باب السلم مكان الجيد يكون معقودا عليه عند التجوز به فإذا وقع التغير في العمل كان له الخياران شاء رضي به متغيرا فضمنه قيمته معمولا وأعطاه الأجر وإن شاء لم يرض به فيخرج العمل به من أن يكون معقودا عليه ويضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له

وإن لم يهلك الثوب وأراد صاحبه أخذه كان للقصار أن يمنعه حتى يستوفي الأجر وقد بينا خلاف زفر – رحمه الله – في هذا

والحاصل أن كل أجير يكون أثر عمله قائما في المعمول كالنساج والقصار والصباغ والفتال فله حق الحبس لأن المعقود عليه الوصف الذي أحدثه في الثوب وهو قائم فيكون له أن يحبسه ببدله وكل من ليس

لعمله أثر في المعمول كالحمال فإنه لا يستوجب الحبس لأن المعقود عليه نفس العمل ولم يبق بعد الفراغ منه فلا يكون له أن يحبس

فإن (قيل) : في القصار عمله في إزالة الدرن والوسخ لا في إحداث البياض في الثوب فالبياض للقطن صفة أصلية

(قلنا) : نعم ولكن لما غلب الدرن والوسخ حتى استتر به صار في حكم المعدوم وحين أظهره القصار بعمله جعل ظهوره مضافا إلى عمله فيكون أثر عمله قائما في المعمول فإن منعه فهلك فالجواب على ما بينا لأن المنع كان بحق فلا يكون سببا موجبا للضمان فيما ليس بمضمون فلهذا يستوي الهلاك بعد المنع وقبله

وعلى قول زفر - رحمه الله - ليس له حق الحبس فإذا حبسه كان ضامنا للقيمة

وإن أراد أن يأخذ الثوب قبل تمام العمل بغير إذنه ويعطيه من الأجر بمقدار ما عمل لم يكن له ذلك حتى يفرغ منه لأن العقد لازم من الجانبين لكونه معاوضة فما ليس للقصار أن يفرق الصفقة على صاحب الثوب فيمتنع من إقامة بعض العمل بغير إذنه فكذلك لا يكون ذلك لرب الثوب وكما أن إقامة العمل مستحق على القصار فإمساك العين إلى أن يفرغ من العمل مستحق له ولهذا لا يأخذه منه صاحبه

وإن استأجر حمالا ليحمل له شيئا على ظهره أو على دابته إلى موضع معلوم فحمله وصاحبه يمشي معه أو ليس معه فانكسر في بعض الطريق أو عثر فانكسرت الدابة فانكسر المتاع

قال - رضي الله عنه - اعلم بأن الحمال أجير مشترك بمنزلة القصار وإن تلف في يده بغير فعله بأن زحمه الناس ففي وجوب الضمان عليه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه - رحمهم الله - كما بينا

وإن تلف بفعله بأن تعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافا لزفر - رحمه الله - فإن التلف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار إن شاء ضمنه قيمته محمولا إلى الموضع الذي سقط وأعطاه من الأجر بحصته وإن شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له وهذا لأن العمل صار مسلما إن كان صاحبه يمشي معه فلا يشكل وكذلك إن كان لا يمشي معه فإنه يصير مسلما باتصاله بملكه ثم تغير قبل تمام التسليم فيثبت الخيار لهذا

وكان أبو بكر الرازي - رحمه الله - يقول الصفقة قد تفرقت عليه فيما لم يحصل المقصود إلا بجملته فإن مقصود صاحب المتاع لا يحصل إلا بوصول المتاع إلى موضع حاجته فإذا انكسر في بعض الطريق فقد انفسخ العقد فيما بقي للفوات فعرفنا أن الصفقة قد تفرقت فإن شاء رضي بهذا التفرق وقرر

العقد فيما استوفى من العمل وأعطاه من الأجر بحصته وإن شاء أبى ذلك وفسخ العقد في الكل فيضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له ولهذا كان الخيار لصاحب المتاع

ولو هلك في نصف الطريق بغير فعله لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة – رحمه الله – وكان له نصف الأجر بخلاف ما سبق العمل من القصار لأن المعقود عليه هنا صار مسلما بنفسه ولهذا لا يستوجب الحبس إذا فرغ من العمل فكان هو في هذا الحكم كأجير الواحد بخلاف القصار فالتسليم هناك لا يتم بإقامة العمل بدليل أن له أن يحبس لاستيفاء الأجر

وهذا الفصل يوهن طريقة الرازي – رحمه الله – في الفصل الأول ويتبين به أن الصحيح ما قلنا أولا من أن ثبوت الخيار للتغير إلى البدل وقيام البدل مقام الأصل في فسخ العقد فيه حتى أن في هذا الموضع لما لم يجب البدل وهو الضمان لا يمكن فسخ العقد فيما أقام من العمل فكان له من الأجر بحصة ذلك

وكان أبو حنيفة – رحمه الله – يقول : في الكراء إلى مكة لا يعطي شيئا من كرائه حتى يرجع من مكة وكذلك كان يقول في جميع من يحمل الحمولة على ظهره أو على دابته أو سفينة ثم رجع عن ذلك فقال كل ما صار مسيرا له من الأجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – وسواء كان الأجر دراهم أو ثوبا أو عبدا أو غير ذلك

وأصل المسألة أن الأجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمها به عندنا عينا كان أو دينا وإنما تملك بأحد معان ثلاثة إما التعجيل أو شرط التعجيل أو استيفاء ما يقابله

وعند الشافعي – رحمه الله – تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار أو الدابة إلى المستأجر

وحجته في ذلك أن هذا عقد معاوضة فمطلقه يوجب ملك البدل بنفسه كعقد البيع والنكاح وهذا لأن ما هو المعقود عليه المنفعة ومنفعة العين في حكم العين فكما يملك البدل في العقد الوارد على العين بنفسه فكذلك في العقد الوارد على المنفعة

والدليل على أن المنفعة في حكم العين صحة الاستئجار بأجرة مؤجلة وما ليس بعين فهو دين والدين بالدين حرام في الشرع وهذا لأن المنفعة وإن كانت معدومة عند العقد حقيقة فقد جعلت كالموجودة حكما بدليل جواز العقد ولزومه وعقد المعاوضة على المعدوم لا ينعقد ولا يلتزم وللشرع ولاية أن يجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما لحاجة الناس إليه كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحي حكما في حق الإرث والعتق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما والمرتد اللاحق بدار الحرب وإذا صارت

موجودة حكما التحقت بالموجود حقيقة فتصير مملوكة بالعقد وكما يصير مملوكا بالعقد حكما يصير مسلما بتسليم الدار بدليل أن المستأجر يملك التصرف فيه بالإجارة من الغير وأنه لو استأجر دارين فانهدمت أحدهما بالقبض لم يكن له خيار في رد الأخرى لتفرق الصفقة بعد التمام بخلاف ما قبل القبض وأنه لو تزوج امرأة على سكنى دار سنة فسلم الدار إليها لم يكن لها أن تحبس نفسها لاستيفاء المنفعة بخلاف ما قبل تسليم الدار إليه ولا يدخل على هذا ما إذا انهدمت الدار فإن المنفعة لا تتلف في ضمان المستأجر لأنا جعلناها كالموجودة المسلمة باعتبار عرضية الوجود في المدة وقد زال ذلك بانهدام الدار وهو كما لو جعلنا النطفة في الرحم كالحي لكونها معدة لذلك فإن زال ذلك بالانفصال ميتا بطل حكم العتق والإرث والوصية له لانعدام المعنى الذي لأجله جعل كالموجود والدليل عليه أن الأجرة تملك بشرط التعجيل ولو كان مقتضى مطلق العقد تأخر الملك في الأجر أو لم تجعل المنفعة كالموجودة حكما لما وجب الأجر بالشرط كما قلتم في الإجارة المضافة إلى وقت في المستقبل ولأن أكثر ما في الباب أن تقام عين الدار مقام المعقود عليه في حق انعقاد العقد فكذلك في ملك البدل كعقد السلم فإن الذمة لما أقيمت مقام المعقود عليه هناك في انعقاد العقد ولزومه ملك البدل به بنفس العقد

وحجتنا في ذلك : أن هذا عقد معاوضة فيقتضي تقابل البدلين في الملك والتسليم كعقد البيع ثم أحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد فكذلك الأجرة وهذا لأنه معدوم في نفسه والملك من صفات الموجودات فالمعدوم لا يوصف بشيء سوى أنه معدوم والملك عبارة عن القدرة فلا يتحقق ذلك على المعدوم وإذا لم يملك المعقود عليه في الحال فلو ملك البدل بغير عوض وذلك ليس بقضية المعاوضة ثم عند الحدوث تملك المنفعة بعقد المعاوضة بغير عوض لأن العوض كان مملوكا له من قبل وملكه لا يكون عوضا عن ملكه

ولا وجه أن يقال إن المنافع التي تحدث في المدة تجعل موجودة حكما لأنه إنما يقدر الشيء حكما إذا كان يتصور حقيقة كما فيما استشهدوا به فإن الحي يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة ولا تصور لوجود المنافع التي تحدث في المدة جملة فلا يجوز أن يقدر حكما فأما جواز العقد ليس باعتبار أن المنفعة تجعل موجودة حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد فإن المنفعة عرض لا يتصور بقاؤها وقتين والتسليم بحكم العقد يكون عقيبه والجزء الموجود حقيقة لا بقاء له ليسلم عقيب العقد وما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود المعاوضة فلو جعلناها كالموجودة حقيقة لم تقبل العقد

فبهذا تبين أن جواز العقد لم يكن بالطريق الذي قاله الخصم بل بأحد الطريقين إما بإقامة عين الدار المنتفع بها مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف إلى وقت الحدوث وهو معنى ما قلنا إن عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة وهذا لأن الإيجاب بعد الوجود لا يتحقق وحكم الانعقاد بعد الإيجاب يحتمل التأخير في حكم المحل كالطلاق المضاف والعتق المضاف والوصية والمزارعة على أصل الخصم والمضاربة بالاتفاق أو باعتبار أنه لما تعذر الإيجاب بعد وجود المنفعة سقط اعتبار الوجود فيه شرعا لانعقاد العقد تيسيرا . ولكن عرضية الوجود بكون العين منتفعا بها تكفي لانعقاد العقد كما لو تزوج رضيعة صح النكاح باعتبار أن عرضية الوجود فيما هو المعقود عليه وهو ملك الحل يقام مقام الوجود وعلى الطريقين جميعا إقامة الشيء مقام غيره تك‍ون بطريق الضرورة فتقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة في ملك البدل بنفس العقد لأن الملك حكم السبب والحكم قد يتأخر عن السبب وإنما الشرط أن لا يخلو السبب عن الحكم فأما أن يقترن به فلا وفي حكم ملك البدل لا ضرورة فاعتبرنا ما هو الأصل وهو أن يتأخر إلى وجود الملك فيما يقابله

والدليل عليه أن قبل تسليم الدار لا يجب تسليم الأجر ولو جعلت المنفعة كالعين لكان أول التسليمين على المستأجر كالثمن في بيع العين ولا يقول أن المنفعة دين فإن الدين محله الذمة وهو لا يلتزم المنفعة في الذمة فكيف نقول ذلك وإنما يتحقق العدم عند العقد فما يكون دينا فهو في حكم الموجود بوجود محله ولهذا جعلنا المسلم فيه مملوكا بنفس العقد وجعلنا بدله مملوكا حتى وجب على رب السلم تسليمه بنفس العقد وهذا بخلاف النكاح فالمعقود عليه هناك العين والملك في باب النكاح لا يحتمل التأخر عن السبب فلهذه الضرورة جعلناه كالموجود في حكم الملك

فأما إذا شرط التعجيل فنقول امتناع الملك بنفس العقد كان بمقتضى مطلق المعاوضة وذلك يتغير بالشرط بمنزلة البيع فإن مقتضى مطلق العقد ملك المبيع بنفس العقد ثم يتأخر بشرط الخيار ومقتضى مطلق البيع وجوب تسليم الثمن بنفس العقد ثم يتعين شرط الأجل بخلاف الإجارة المضافة فإن امتناع ثبوت الملك هنا ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالإضافة إلى وقت في المستقبل والمضاف إلى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط

وإذا ثبت أنه يملك بشرط التعجيل ثبت أنه تملك بالتعجيل أيضا لأنه فوق اشتراط التعجيل وذلك لأن الملك يثبت بالقبض وللقبض تأثير في إثبات الملك فيما لم يملك بنفس العقد كما في الهبة ونفقة

الزوجة تملك بالقبض لمدة في المستقبل ولا يملك بنفس العقد ثم كما لا ضرورة في الملك لا ضرورة في التسليم لأنه قد يتأخر التسليم عن العقد فلا يجعل مسلما بتسليم الدار وهذا لأن تأثير التسليم بحكم المعاوضة في نقل الضمان ولما لم ينتقل إلى ضمان المستأجر عرفنا أنه لم يصر مسلما إليه وجواز تصرفه من الوجه الذي يجوز فيه تصرف الآخر لعجزه عن التصرف بعد الوجود حقيقة كما بينا وكذلك في حكم تفرق الصفقة فإنه لا يمكن إثبات ذلك عند القبض حقيقة فتقام الدار فيه مقامه كما في حكم التصرف وصحة تسمية المنفعة صداقا لأنه ليس من ضرورة صحة العقد ملك المسمى بنفس العقد فإنه في حكم البيع عندنا

ولهذا لو تزوج امرأة على عبد الغير صحت التسمية ويتأخر الملك إلا أن يحصل الزوج ملك العقد لنفسه وإنما يعتبر مجرد تسليم الدار في سقوط حقها في الحبس لوجود الرضاء منها بذلك فإنها لما جعلت الصداق المنافع التي توجد في المدة مع علمها أنه لا يتصور تسليمها جملة فقد صارت راضية بسقوط حقها في الحبس عند تسليم الدار إليها لتحدث المنفعة على ملكها بمنزلة ما لو زوجت نفسها بمهر منجم

وكان أبو حنيفة – رحمه الله – يقول أولا في الكراء إلى مكة لا يعطيه شيئا من الكراء حتى يرجع من مكة وهو قول زفر – رحمه الله – لأن مقصوده لا يتم إلا به ووجوب تسليم الأجر بعد حصول المقصود كما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا لا يلزمه إيفاء الأجر ما لم يفرغ من العمل ثم رجع فقال كلما سار مسيرا له من الأجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – لأن العمل بحسبه يصير مسلما وإنما يجب تسليم الأجر عند تسليم ما يقابله وكان ينبغي في القياس أنه كلما سار شيئا ولو خطوة يجب تسليم ما يقابله من الأجر ولكن ذلك القدر لا يعرف فلو أخذنا بالقياس لم نتفرغ إلى شغل آخر بل يسلم الأجر في كل ساعة بقدر ما يستوفي من العمل وذلك بعيد

وكان الكرخي – رحمه الله – يقول : كلما سار مرحلة أو في حصته من الأجر

وعن أبي يوسف – رحمه الله – قال إذا سار ثلث الطريق طالب بحصته من الأجر لأن هذا القدر من الطريق قد يكتري المرء فيه دابة ثم ينتقل إلى أخرى وعلى هذا لو استأجر دارا مدة معلومة ففي قوله الأول ما لم تنته المدة لا يجب تسليم الأجر وفي قوله الآخر إذا مضى من المدة ماله حصة معلومة من الأجر يجب إيفاء الأجر بحسابه فالكرخي – رحمه الله – قدر ذلك بيوم وإن عجل الأجر كله فهو جائز لأنه أخذ بالفضل وأوفى قبل وجوب الإيفاء فهو كمن عليه الدين المؤجل إذا عجله وليس له أن يرجع فيما عجل من الأجر لأن المستأجر ملك ذلك بالقبض بعد انعقاد العقد فلا يرجع فيه حال بقاء العقد

وإن شرط في العقد أن لا يسلم الأجر حتى يرجع أو حتى تنتهي المدة فهو جائز أما في قوله الأول فهذا شرط يوافق مقتضى العقد وفي قوله الآخر هذا اشتراط الأجل في الأجر والأجر قياس الثمن يثبت الأجل فيه إذا كان دينا ولا يصح التأجيل فيه إذا كان عينا ولو أبرأه عن جميع الأجر أو وهبه له

فإن كان ذلك دينا لم يصح ذلك في قول أبي يوسف الآخر – رحمه الله – وصح في قوله الأول وهو قول محمد – رحمه الله تعالى – ولا تبطل به الإجارة وإن كان عينا لم يصح حتى يقبل الآخر فإن قبل بطلت الإجارة لأن المعين من الأجر كالمبيع والمشتري إذا وهب المبيع من البائع قبل القبض لا تصح الهبة ما لم يقبل فإذا قبل انفسخ العقد

فأما إذا كان دينا فمن أصحابنا – رحمهم الله – من يقول في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد – رحمهما الله – يجب الأجر بالعقد مؤجلا والإبراء عن الدين المؤجل صحيح

وفي قوله الآخر : لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا والإبراء قبل الوجوب لا يصح وعلى هذا الأصل بنوا مسألة المصارفة على هذا ولكن هذا شيء لا يروى عن محمد – رحمه الله – نصا وفي الجامع بنى المسائل على أن الأجر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا

ولكن وجه قوله الأول أن سبب الوجوب هو العقد والعقد منعقد إلا أن الوجوب تأخر لتأخر ما يقابله والإبراء بعد وجوب سبب الوجوب صحيح كالإبراء عن نفقة العدة مشروطا في الخلع وهذا لأن السبب لما اعتبر في جواز أداء الواجب وأقيم مقام الوجوب فكذلك في الإسقاط

وجه قوله الآخر أن الإبراء إسقاط وإسقاط ما ليس بواجب لا يتحقق والهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك لا يصح ولو جاز الإبراء وبقي العقد بملك المستأجر المنفعة عند الاستيفاء بغير عوض وهذا يخالف قضية الإجارة فإنه من حكم الإعارة ولا خلاف بينهما أن الإبراء عن بعض الأجرة قبل استيفاء شيء من المنفعة صحيح لأن هذا بمنزلة الحط فيلتحق بأصل العقد ويصير كأنه عقد في الابتداء بما بقي

ولو باعه بالأجر متاعا وسلمه إليه فهو جائز لأن الشراء لا يتعلق بالدين المضاف إليه بل بمثله دينا في الذمة

ألا ترى أنه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على أن لا دين بقي الشراء صحيحا ثم لما اتفقا على المقاصة بالأجر مع علمهما بأنه لا يجب بنفس العقد فكأنهما شرطا تعجيل الأجر ويجعل ذلك مضمرا في كلامهما لتحصيل مقصودهما كما إذا قال أعتق عبدك عني على ألف درهم يجعل التمليك مضمرا لتحصيل مقصودهما فيصير الأجر بالثمن قصاصا بهذا الطريق ولا يكون للبائع حق حبس المبيع

باستيفاء الثمن فإن لم يوفه العمل لعذر رجع عليه بالدراهم دون المتاع لأنه لما انفسخ العقد بعدما صار مستوفيا للأجر بالمقاصة وجب رد ما استوفى كما لو استوفاه حقيقة أو لما انفسخ العقد ظهر أن الأجر غير واجب وأن المقاصة لا تقع به ولكن أصل الشراء بقي صحيحا بثمن في ذمته فيطالبه بالثمن

وإن باعه المستأجر بالدراهم دنانير ودفعها إليه قبل استيفاء المنفعة فهو جائز في قول أبي يوسف - رحمه الله - الأول وهو قول محمد - رحمه الله

وفي قوله الآخر الصرف باطل فإذا افترقا قبل إيفاء العمل فوجه قوله الأول أنهما لما أضافا عقد الصرف إلى الأجرة فقد قصد المقاصة بها ولا وجه لتحصيل مقصودهما إلا بتقديم اشتراط التعجيل فيقدم ذلك لتحصيل مقصودهما ثم المضمر كالمصرح به

ولو صرح باشتراط التعجيل ثم صارف به دينارا وقبضه لم يبطل العقد بالافتراق فكذلك إذا ثبت ذلك ضمنا في كل منهما وهو نظير الشراء

والدليل عليه أن من كفل عن غيره عشرة دراهم بأمره ثم صارف به مع المكفول عنه دينارا قبل أن يؤدي جاز ذلك لوجود السبب

وإن لم يجب دينه على المكفول عنه ما لم يود مثله وجه قوله الآخر أن وجوب العشرة مقترن بعقد الصرف وما يجب بعقد الصرف إذا لم يقبض حتى افترقا بطل العقد كما لو تصارفا دينارا بعشرة دراهم مطلقا

وبيان ذلك أن الأجر لم يجب بعقد الإجارة بالاتفاق قبل استيفاء العمل ولا سبب للوجوب بعده سوى الصرف فعرفنا أنه واجب بعقد الصرف والذي قال من أنه يقدم اشتراط التعجيل ليس بقوي لأن الحاجة إلى اشتراط التعجيل للمقاصة به لا لصحة عقد الصرف فعقد الصرف صحيح بدراهم في ذمته وأوان المقاصة بعد عقد الصرف فهب أن شرط التعجيل يثبت مقدما على المقاصة فإنما يكون ذلك بعد عقد الصرف أو معه وبدل الصرف لا يجوز أن يكون قصاصا بدين يجب بعده

فإن (قيل) : يجعل شرط التعجيل مقدما على عقد الصرف لأنه لا يمكن تحصيل مقصودهما وهو المقاصة إلا به

قلنا : إنما يقدم على العقد بطريق **الإجبار** ما هو من شرائط العقد ووجوب الأجر ليس من شرائط عقد الصرف بدليل أنه لو نقد العشرة في المجلس كان العقد صحيحا ثم لا يشتغل بالاحتيال لبقاء العقد صحيحا

(ألا ترى) أنه لو باعه عشرة وثوبا بعشرة وثوب وافترقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم ولو صرفنا الجنس إلى خلاف الجنس لم يبطل ولكن قيل يحتال للتصحيح في الابتداء ولا يحتال للبقاء على الصحة والدليل عليه أن الأجرة إذا كانت بقرة بعينها فصارف بها دينارا وافترقا قبل قبض البقرة لم يصح ولو كان اشتراط التعجيل معتبرا في إبقاء العقد صحيحا لاستوى فيه العين والدين

وأما مسألة الكفيل فبالكفالة كما وجب للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الأصيل ولكنه مؤجل إلى أدائه والمصارفة بالدين المؤجل صحيح وقد بينا ههنا أن الأجر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا فيبطل عقد الصرف بالافتراق قبل قبض الدراهم

وإن مات قبل أن يوفيه العمل وقد حمله بعض الطريق أو لم يحمله فإنه يرد عليه من الدراهم بقدر ما لم يوفه من العمل وفي قوله الأول لأنه صار مستوفيا للأجر بطريق المقاصة فبقدر ما ينفسخ العقد فيه يلزمه رده وفي قوله الآخر الصرف باطل فعليه رد دينار

وإن شرط في الأجل مدة معلومة فذلك صحيح واعتبار الأجل من حين يجب الأجر لأن الأجل يؤخر المطالبة ولا يتحقق ذلك قبل الوجوب

وإن كان الأجر شيئا له حمل ومؤنة فلم يشترط له مكان الإيفاء في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - العقد فاسد وفي وقول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - هو جائز وهو نظير اختلافهم في المسلم فيه وقد بيناه في البيوع

فإن قيل : أليس أن الأجر بمنزلة الثمن في البيع ولو كان الثمن شيئا له حمل ومؤنة لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء فكيف يشترط ذلك في الأجر عند أبي يوسف - رحمه الله

قلنا : في الثمن إن لم يكن مؤجلا فالإيفاء يجب بنفس العقد ويتعين موضع العقد لإيفائه لأنه مكان وجوب التسليم وإن كان مؤجلا ففيه روايتان عن أبي حنيفة - رحمه الله

إحداهما : أنه لا بد من بيان مكان الإيفاء كما في السلم لأن وجوب التسليم الآن عند حلول الأجل ولا يدري في أي مكان يكون عند ذلك فلا يصح العقد إلا ببيان مكان الإيفاء

وفي الرواية الأخرى يجوز لأن البيع في الأصل يوجب تسليم الثمن بنفسه وباعتبار هذا المعنى يتعين موضع العقد للتسليم لأن في ذلك إمكان وجوب التسليم وإنما تأخر بعارض شرط الأجل لأن شرط الأجل معتبر في تأخير المطالبة لا في نفي الوجوب فبقي مكان العقد متعينا للتسليم بمقتضى العقد فأما السلم فلا يوجب تسليم المسلم فيه عقيب العقد بحال وإنما يوجب ذلك عند سقوط الأجل فلا يتعين مكان العقد

فيه للتسليم والإجارة نظير السلم لأن مطلق العقد لا يوجب تسليم الأجر عليه عقيبه بحال فلا يتعين موضع العقد لإيفائه ولا بد من بيان مكان الإيفاء لأن بدون بيان المكان تتمكن فيه جهالة تفضي إلى المنازعة

فأما عند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – فالعقد صحيح هنا كما في السلم إلا أن هناك عندهما يتعين موضع العقد للتسليم لأن وجوب التسليم فيه بنفس العقد وهنا في إجارة الأرض والدار تعين موضع الأرض والدار للإيفاء لأن وجوب الأجر هنا باستيفاء المنفعة لا بنفس العقد والاستيفاء يكون عند الدار فيجب تسلم الأجر في ذلك الموضع وفي الحمولة حيث ما وجب له ذلك وفي العمل بيده حيث يوفيه العمل فإن طالبه به في بلد آخر لم يكلف حمله إليه ولكن يستوثق له منه حتى يوفيه في موضعه لأنه يطالب بإيفاء ما لزمه ولم يلزمه الحمل إلى مكان آخر ولكن يستوثق منه مراعاة لجانب الطالب وله أن يأخذه في الدراهم والدنانير حيث شاء لأنه صار دينا في ذمته وليس له حمل ومؤنة فيطالبه بالإيفاء حيثما لقيه والله أعلم ." (١)

" قال – رحمه الله – : ذكر عن يزيد بن عبدالله بن قصيط قال ابتعت أمة فأبت بعض القبائل فانتمت إلى بعض قبائل العرب فتزوجها رجل من بني عذرة فنثرت له ذا بطنها ثم جاء مولاها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – فقضى بها لمولاها وقضى على أن الوالد أن يفدي الأولاد الغلام بالغلام والجارية بالجارية

وفي هذا دليل أن ولد المغرور يكون حرا بعوض يأخذه المستحق من المغرور فأخذ بعض العلماء – رحمهم الله – بظاهره فقالوا : مضمون بالمثل الغلام بالغلام والجارية بالجارية وعندنا هو مضمون بالقيمة وتأويل الحديث (الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية) والمراد المماثلة في المالية لا في الصورة فإنه ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل كما قال – صلى الله عليه و سلم – (في العبد بين اثنين يعتقه أحدهما إن كان موسرا ضمن نصف قيمته نصيب شريكه)

وهكذا روي عن عمر – رضي الله عنه – وهو تأويل حديث علي – رضي الله عنه – الذي ذكره بعد هذا عن الشعبي – رحمه الله – (أن رجلا اشترى جارية فولدت منه فاستحقها رجل ورفع ذلك إلى علي – رضي الله عنه – فقضى بالجارية لمولاها وقضى للمشتري على البائع أن يفيك ولده بما عز وهان ولم يرد بقوله قضي بأولادها لمولاها أن يسلم الأولاد إليه) وإنما المراد جعل الأولاد في حقهم كأنهم مملوكين له حيث أوجب له القيمة على المغرور وأضاف ذلك إلى البائع بطريق أن وقد الضمان عليه فإن

---

(١) المبسوط، ٦/٣٢٣

المشتري يرجع على البائع بما غرم من قيمة الأولاد ومعنى قوله بما عز وهان بالقيمة بالغة ما بلغت وهو الأصل عندنا وفي ولد المغرور فإنه في حق المغرور هو حر الأصل وفي حق المستحق كأنه رقيق مملوك له بملك الأصل وهو الجارية لأنه لا وجه لإيجاب الضمان له إلا هذا فإن الماء غير متقوم ليضمن بالإتلاف وإنما يضمن الملوك بالمنع فيصير المغرور مانعا للولد بما ثبت فيه من الحرية حقا له وهذا لأن النظر من الجانبين واجب والنظر في جانب المغرور في حرية الولد لأنه لم يرض برق مائه والنظر في جانب المستحق في رق الولد لكنه لا يبطل ملكه عما هو جزء من ملكه فيجب ضمان المالية على المغرور يمنعه بعد الطلب ولهذا اعتبر قيمته وقت الخصومة حتى أن من مات من الأولاد قبل الخصومة لم يضمن من قيمته شيئا لأن المنع إنما يتحقق بعد الطلب إذا عرفنا هذا فنقول أمة غرت رجلا فأخبرته أنها حرة فتزوجها على ذلك فولدت ولدا ثم أقام مولاها البينة أنها أمته وقضي بها له فإنه يقضي بالولد أيضا لمولى الجارية لأن استحقاق الأصل سبب لاستحقاق المتولد منه فإنه في حكم الجزء له وقد ظهر هذا السبب عند القاضي ولم يظهر ما يوجب حرية الولد وهو الغرور إلا أن يقيم الزوج بينة أنه تزوجها على أنها حرة

فإن أقام البينة على هذا فقد أثبت حرية الأولاد فكان الولد حرا لا سبيل عليه وعلى أبيه قيمته وادعى ماله حالا وقت القضاء به دون مال الولد لأن السبب هو المنع وجد من الأب دون الولد ولا ولاء للمستحق على الولد لأنه علق جزء الأصل وإنما قدرنا الرق فيه لضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعد وموضع الضرورة

وإن مات الولد قبل الخصومة فليس على الأب شيء من قيمته لأن الولد لو كان مملوكا على الحقيقة لم يكن مضمونا فإن ولد الغصب أمانة عندنا فإن لم يكن مملوكا أولى أن لا يكون مضمونا وإن قبل الابن فأخذ الجارية فعليه قيمته للمستحق الدية بدل نفسه ومنع البدل كمنع الأصل فيتحقق به السبب الموجب للضمان وإن قضي له بالدية فلم يقبضها لم يوجد بالقيمة لأن المنع لا يتحقق فيما لم يصل إلى يده من البدل

فإن قبض من الدية قد قيمة المقبول قضي عليه بالقيمة للمستحق لأن المنع تحقق بوصول يده إلى البدل ويكون منعه قدر قيمة الولد كمنع الولد في القضاء للمستحق عليه بالقيمة

فلو كان للولد ولد يحرز ميراثه وديته فخرج من الدية أو دونها قضيت على الأب بمثل ذلك لتحقق المنع في البدل ولا يقضي به في الدية ولا في تركة الابن لأن هذا الضمان مستحق على الأب يمنعه الولد

بالحرية وإنما يقضي من تركة الابن ما يقرر دينا على الابن فإن كان الأب ميتا قضي به في تركته لأنه دين على الأب فيستوفي من تركته

وإن كان على الأب دين خاص مستحق للغرماء بقيمة الولد لأن دينه مثل دينهم

وإن لم يكن للأب بينة أنه تزوجها على حرة فطلب يمين المستحق على علمه حلفته على ذلك لأنه يدعي ما لو أقر به لزمه فإذا أنكر يستحلف عليه ولكنه استحلاف على فعل الغير وكان على العلم لاعلى البنات

قال : (ولو استولدها على شراء أو هبة أو صدقة أو وصية أخذ المستحق الجارية وقيمة الولد) لأن الموجب للغرور ملك مطلق للاستيلاد له في الظاهر وهو موجود وما هو الظاهر ولو كان حيقة كان الولد حرا فباعتبار الظاهر يثبت حرية الولد أيضا ويرجع الأب على البائع بالثمن وقيمة الولد لأن المبيع لم يسلم له وبعقد المعاوضة استحق سلامتها له سليمة عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق فيكون له أن يرجع بما يغرم بهذا السبب على البائع

ولا يرجع عليه بالعقر عندنا وعند الشافعي يرجع بالعقر كما يرجع عليه بقيمة الولد لأنه ضمان لزمه بسبب فوت السلامة المستحقة له بالعقد

ولكنا نقول إنما لزمه العقر عوضا عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم المستوفي له مجانا والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم للواطئ مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والوصي بشيء من قيمة الأولاد عندنا وعند الشافعي له ذلك لأنه الغرور قد تحقق منه بإيجابه الملك له في المحل واختار أنها مملوكته سواء كان بعوض أو بغير عوض

ولكنا نقول : مجرد الغرور لا يكفي لإثبات حق الرجوع فإن من أخبر إنسانا أن هذا الطريق آمن وسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه لم يرجع على المخبر وإنما ثبوت حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة لأن صفة السلامة تصير مستحقة به فأما بعقد التبرع لا تصير صفة السلامة مستحقة به ولهذا لا يثبت فيه حق الرد بالعيب فلم يكن له أن يرجع على المتبرع بقيمة الأولاد وهذا لأن عقد التبرع لا يكون سببا لوجوب الضمان على المتبرع للمتبرع عليه

(ألا ترى) أن الملك لا يحصل به قبل التسليم

قال : (وإن كان المشتري باعها من غيره فولدت منه ثم استحقها رجل يرجع المشتري الثاني على بائعه بقيمة الولد وللمشتري الأول أن يرجع على بائعه بالثمن وليس له أن يرجع بقيمة الولد عند أبي حنيفة) وعند أبي يوسف ومحمد أن يرجع بقيمة الولد على بائعه

حجتهما في ذلك أن المشتري الأول أوجب الملك فيها للغير فيجعل الاستيلاد على من أوجب له الملك فيها بمنزلة استيلاده بنفسه وهذا لأن الرجوع يفوت صفة السلامة الذي صار مستحقا بالعقد وهذا كما تقرر بين المشتري الأول والثاني فقد تقرر بين المشتري الأول والبائع

(ألا ترى) أن المشتري الأول والثاني لو ردها بالعيب كان للمشتري الأول أن يردها على بائعه فكذلك إذا رجع عليه بقيمته وأبو حنيفة – رحمه الله – يقول أن المشتري الأول إن شاء بإيجابه الملك فيها لغيره بالبيع فرجوع المشتري عليه بما أنشأه من الغرور لا بالغرور الذي سبق من البائع فصار ما أنشأه من الغرور ناسخا لغرور البائع الأول وهو نظير من حفر بئرا على قارعة الطريق فألقي إنسان غيره فيه كان الضمان على الملقي ولا يرجع به على الحافر فهذا مثله

يوضحه : أن الرجوع بقيمة الولد بمنزلة الخصومة في العيب والمشتري إنما يخاصم البائع في العيب إذا كان المستفاد من قبله فإنما له وهنا قد انفسخ ذلك الملك بملك المشتري الثاني ولم يعد إليه بالرجوع بقيمة الولد عليه بخلاف ما إذا رد عليه بالعيب لأن الملك المستفاد له من جهة البائع قد عاد إليه ونظير هذه المسألة ما ذكر في آخر الصلح أن المشتري الثاني إذا وجد بالمبيع عيبا وقد تعذر رده بعيب حديث عنده ورجع على بائعه بنقصان العيب لم يكن لبائعه أن يرجع بالنقصان على البائع في قول أبي حنيفة لأن المستفاد له من قبله لم يعد إليه وعندهما يرجع على البائع الأول بما غرم للمشتري الثاني من نقصان العيب لأن الرجوع بالنقصان عند تعذر رد العين بمنزلة الرد بالعيب عند الإمكان

قال : (رجلان اشتريا جارية فوهب أحدهما نصيبه من شريكه فولدت ثم استحقها رجل فإنه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها ولم يرجع الأب بنصف الثمن ونصف قيمة الولد على البائع) لأنه يملك نصفها من جهته بحكم المعاوضة والجزء معتبر بالكل ولا يرجع على الواهب بشيء من قيمة الولد لأنه يملك النصف من جهته بعقد التبرع ولكن الواهب يرجع بنصف الثمن على البائع لأن استحقاقها على من استفاد الملك فيها من جهة الواهب يكون استحقاقا على الواهب فيرجع بثمن ما استحق عليه على البائع ولم يغرم الواهب من قيمة الولد شيئا ليرجع به على البائع

قال : (ولو كانت أمة بين رجلين فولدت فادعاه أحدهما وغرم نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ثم استحقها رجل قضي له بها وبقيمة الولد والعقر للمستحق) لأن الغرور يتحقق بقيام الملك له في نصفها ظاهرا فإن الاستيلاد باعتبار هذا القدر صحيح في إثبات حرية الأصل للولد ثم يرجع على البائع بنصف الثمن ونصف قيمة الولد لما بينا ويرجع على شريكه بما أعطاه من نصف قيمتها ونصف عقرها لأنه تبين أنه لم يتملك على شريكه نصيبه ولم يحصل وطؤه في ملكه ولا يرجع على شريكه بشيء من قيمة الولد لأنه ما كان مغرورا من جهة شريكه فإن تملكه على شريكه ما كان باختيار منه ويرجع الشريك على بائعه بنصف الثمن لاستحقاق المبيع عليه

قال : (وإذا تزوج المكاتب أو العبد امرأة حرة بإذن مولاه فولدت له ثم استحقت وقضي بها للمستحق فالولد رقيق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر) وفي قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد - رحمهما الله - حر بالقيمة وهي مسألة كتاب النكاح أن العتق بسبب الغرور عند محمد وذلك متحقق في حق العبد كما هو في حق الحر

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - المخلوق من ماء رقيقين لا يكون حرا وقد بينا بعض هذا فيما سبق

قال وكذلك إذا صار المكاتب مغرورا بالشراء فهو على هذا الخلاف إلا أن عند محمد هناك الولد يكون حرا وهنا يكون بمنزلة أبيه مكاتبا

قال : (رجل اشترى أم ولد لرجل أو مكاتبة أو مدبرة من أجنبي فوطئها فولدت ثم استحقها مولاها قضي له بها وعلى أب الولد قيمة الولد لمولى المدبرة وأم الولد بسبب الغرور ولا يقال ولد أم الولد لا مالية فيه عند أبي حنيفة - رحمه الله - كأمه فكيف يضمن بالغرور) لأن هذا بعد ثبوت أمية الولد ولم يثبت في الولد لأنه علق حر الأصل فلهذا كان مضمونا بالقيمة على الأب قيمة الولد للمكاتبة

قال : لأن الذي غره منها وإنما أراد به أنه إذا كان الغرور منها لا يستوجب قيمة الولد وفيه قولان لأبي يوسف معروف في كتاب العتاق فأما إذا كان الغرور من غيرها وجب على الأب قيمة الولد ويكون ذلك للمكاتبة لأنها كانت أحق بولدها لكونه جزءا منها فكذلك ببدل ولدها

قال : (ولو ادعت أمة أن ولدها من مولاها وأنه أقر بذلك وأرادت يمينه فلا يمين على المولى في ذلك في قول أبي حنيفة - رحمه الله -) وعندهما عليه اليمين وهذه من المسائل المعدودة فإن أبا حنيفة

– رحمه الله – لا يرى الاستحلاف في النكاح والنسب والرجعة والنفئ ؟ ؟ في الإيلاء والرق والولاء لأن النكول عنده بمنزلة البدل فما لا يعمل فيه البدل لا يجري فيه الاستحلاف

قال : (ولو ادعت أمة أن ولدها من مولاها وأنه أقر بذلك وأرادت يمينه فلا يمين على المولى في ذلك في قول أبي حنيفة – رحمه الله –) وعندهما عليه اليمين وهذه من المسائل المعدودة فإن أبا حنيفة – رحمه الله – لا يرى الاستحلاف في النكاح والنسب والرجعة والنفئ ؟ ؟ في الإيلاء والرق والولاء لأن النكول عنده بمنزلة البدل فما لا يعمل فيه البدل لا يجري فيه الاستحلاف

وعندهما النكول بمنزلة الإقرار ولكن فيه ضرب شبهة فكل ما يثبت بالشبهات يجري فيه الاستحلاف والقضاء بالنكول وهي مسألة كتاب النكاح وهنا دعواه على المولى دعوى النسب فلهذ قال أبو حنيفة : لا يستحلف وكذلك لو ادعت أنها أسقطت من المولى سقطا مستبين الخلق لأن حق أمية الولد لها تبع لنسب الولد فكما لا يستحلف المولى عند دعوى النسب فكذلك في دعوى أمية الولد عنده وعندهما يستحلف في ذلك كله لأنه مما يثبت مع الشبهات

قال : (ولو ادعت أمة أن ولدها من مولاها وأنه أقر بذلك وأرادت يمينه فلا يمين على المولى في ذلك في قول أبي حنيفة – رحمه الله –) وعندهما عليه اليمين وهذه من المسائل المعدودة فإن أبا حنيفة – رحمه الله – لا يرى الاستحلاف في النكاح والنسب والرجعة والنفئ ؟ ؟ في الإيلاء والرق والولاء لأن النكول عنده بمنزلة البدل فما لا يعمل فيه البدل لا يجري فيه الاستحلاف

قال : (مكاتب أو عبد مأذون باع أمة فاستولدها المشتري ثم استحقت رجع أب الولد بقيمة الولد على بائعه) لأن الرجوع بقيمة الولد لاستحقاق صفة السلامة له بعقد المعاوضة على البائع والمكاتب والمأذون في هذا كالحر لأن ضمان التجارة بمنزلة الرد بالعيب والرجوع بنقصان العيب عند تعذر الرد عليه

قال : (رجل ورث أمة من أبيه فاستولدها ثم استحقت كان الولد حرا بالقيمة) لتحقق الغرور في حق الوارث فإنما استولدها على أنها مملوكة إذا لم يكن عالما بكونها مستحقة ثم يرجع بالثمن وبقيمة الولد على الذي كان باعها من المورث لأنه يخلف المورث في ملكه فإنما يصل إليه الملك الذي كان لمورثه لا أن يكون ذلك ملكا جديدا له

(ألا ترى) أنه يرده بالعيب ويكون فيه كالمورث فكذلك الرجوع بسبب الغرور وهذا بخلاف الموصي له ثم استولدها ثم استحقت لا يرجع على بائع الموصي له بعقد متجدد وذلك الملك غير الملك المستفاد من البائع ببيعه ولهذا لا يرده عليه بالعيب فكذلك لا يرجع عليه بضمان الغرور

قال : (رجل أقر في مرضه أن هذه الجارية وديعة عنده لفلان وعليه دين يحيط بماله أو ليس عليه دين فاستولدها الوارث بعد موته وقد علم بإقرار الأب ثم استحقت ببينة فإنه يقضي للمستحق بها وبولدها مملوكين له) لأن الوارث غير مغرور هنا فإنه أقدم على استيلادها مع علمه أنها غير مملوكة له لأنها لم تكن مملوكة لمورثه فصار راضيا برق مائه وكان الوالد ملكا للمستحق

وإن لم يقر المريض بها لغيره وكان عليه دين يحيط بماله فاستولدها لوارث قيمة الولد والعقر لأنه بمنزلة المغرور فيها فإن الاختلاف بين العلماء - رحمهم الله - ظاهر في وقوع الملك للوارث في التركة المستغرقة بالدين فمن يقول لا يملك يقول سبب الملك له فيها تام حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر ولو أعتقها ثم سقط الدين نفذ عتقه

ولو كانت أمه فتزوجها لم يصح النكاح فعرفنا أن الغرور قد تحقق فكان ولده حرا بالقيمة وتباع الأمة في الدين أن استغرقت التركة بالدين ينع عتق الوارث فيها فكذلك يمنع ثبوت حق الحرية من جهة الوارث فيها ووجوب العقر عليه لأن هذا وطء حصل في غير ملكه وقد سقط الحد لشبهة فيغرم العقر

فإن أقام رجل البينة أنها له قضيت بها له وبقيمة الولد والعقر لما بينا ولو كانت الأمة للميت وعليه دين لا يحيط بقيمتها فوطئها الوارث فولدت منه وضمن قيمتها وعقرها لأن الدين إذا لم يكن محيطا بالتركة لا يمنع ملك الوارث فيصح استيلاده فيها ولكن حق الغريم مقدم على حقه ويغرم قيمتها لحق الغريم لأنه صار مستهلكا لماليتها على الغريم بالاستيلاد قال ويغرم عقرها

قال عيسى - رحمه الله - : هذا غلط فإن الاستيلاد حصل في ملكه فلا يكون موجبا للعقر عليه إذا كان في قيمتها وفاء بالدين وزيادة فلم يغرم العقر ولماذا يغرم

ولكنا نقول : تأويل المسألة أن الورثة كانوا عددا فكان هذا استيلاد الشركاء للجارية المشتركة وهو موجب للعقر والقيمة باعتبار ملك الشركاء وفي بعض الروايات وهو قول بشر يقدر الدين ولا يصير ملكا للوارث أيضا فلهذا لزمه قيمتها وعقرها يقضي من ذلك الدين أولا وما بقي فهو ميراث بين الورثة يسقط عنه من ذلك بقدر حصته ولا يضمن قيمة الولد هنا لأنها بمنزلة الجارية المشتركة وقد بينا أن أحد الشركاء إذا استولد الجارية المشتركة لم يغرم من قيمة الولد شيئا

قال : (رجل اشترى جارية مغصوبة وهو يعلم أن البائع غاصب أو تزوج امرأة أخبرته أنها حرة وهو يعلم أنها كاذبة فاستولدها كان الولد رقيقا) لانعدام الغرور حين كان عالما بحقيقة الحال ولأنه رضي برق مائه حين استولدها مع علمه أنها مملوكة لغيره

ولو اشتراها من رجل وهو يعلم أنها لغيره فقال البائع أن صاحبها وكلني ببيعها أو مات وقد أوصى إلي فاستولدها ثم جاء صاحبها وأنكر الوكالة والوصايا فإنه يأخذها جاريته لأن ملكه فيها معلوم وإذنه في بيعها لم يصح حين أنكره ويأخذ عقرها وقيمة ولدها لأن الغرور قد تحقق بما أخبره البائع به فإن ما أخبر به لو كان حقا كانت هي مملوكة للمشتري فهذا وقوله أنها ملكي سواء في أنه يلتزم سلامتها له

فإذا غرم قيمة الولد رجع به على البائع مع الثمن لأنه لم يسلم له ما التزم ولو اشترى الوكيل لموكله جارية فاستولدها الموكل ثم استحقت أخذها الموكل المستحق وعقرها وقيمة ولدها من المستولد ويرجع بالثمن وقيمة الولد على البائع والوكيل هو الذي يلي خصومته في ذلك لأن البائع التزم بالعقد صفة السلامة والوكيل له اليد

(ألا ترى) أن الخصومة في العيب للبائع دون الموكل فكذلك الخصومة في الرجوع بالثمن وقيمة الولد على الوكيل

فإن قال البائع لم أبع من أب الولد شيئا أو قال لم أشتر هذا مني له فأقام الوكيل البينة أنه اشتراها لفلان بأمره فالثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم

وإن لم يشهدوا بأمره ولكن شهدوا على إقرار المشتري أنه اشتراها لفلان بماله فإن كان إقراره بهذا قبل الشراء وشهد الشهود بذلك فهو وما سبق سواء لأنا لو سمعنا إقراره في ذلك الوقت كان الشراء موجبا الملك للموكل فكذلك إذا ثبت ذلك بالبينة وإن شهدوا أنه أقر بذلك بعد الشراء قبل أن تلد وبعده لم يصدق على البائع لأن شراءه موجب الملك له فكل أحد عامل لنفسه بتصرفه حتى يقوم الدليل على أنه يعمل لغيره بإقراره بعد ذلك في حق البائع بمنزلة الإيجاب المبتدأ لأنه غير مصدق في هذا الإقرار في حقه

ولو ملكه ابتداء من هذا المستولد لم يكن له خصومة مع البائع في الرجوع بقيمة الولد عليه بعد ذلك فكذلك هنا

ولو استولد جاريته فاستحقها رجل فقال المستولد اشتريتها من فلان بكذا وصدقه فلان وكذبهما المستحق فالقول قول المستحق لأن سبب ملك الولد ظاهر وهو استحقاق الجارية والآخران يريدان إبطال ملكه في الولد بقولهما فلا يصدقان على ذلك ولكن يحلف المستحق بالله ما يعلم أنه اشتراها منه لأنه لو أقر بذلك كان الولد حرا

فإذا أنكر يستحلف عليه ولو أنكر البائع وصدقه المستحق فالولد حر لإقرار المستحق بحريته على الأب قيمته لإقراره على نفسه بالقيمة للمستحق ولا رجوع لهما على البائع لأن قولهما ليس بحجة عليه

ولو أنكر البائع والمشتري وأقر به المستحق عتق الولد بإقراره لأنه ملكه في الظاهر ولا قيمة له على الأب لأنه مدع لنفسه عليه بالقيمة فلا يستحقه إلا بحجة

قال : (رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوي ألفي درهم فاستولدها المضارب ثم استحقت فالولد حر بالقيمة) لأن المضارب كان مالكا نصفها في الظاهر قدر حصته من الربح فيتحقق الغرور بسبب ثم يرجع المضارب على البائع بالثمن فيكون على المضاربة كما كان ويرجع عليه أيضا بربع قيمة الولد لأن رجوعه باعتبار ملكه الظاهر وذلك كان بقدر الربع فيرجع به على البائع ويكون ذلك له خاصة ولا يكون على المضاربة لأنه عوض عما أدى والمؤدي لم يكن من مال المضاربة

ولو لم يكن في الأم فصل أحد المستحق الولد مع الأم ولم يثبت نسبه من المضارب لأنه استولدها ويعلم له أنه لا يملك شيئا منها فكان لا يثبت به النسب والولد رقيق لانعدام التوارث حين كان عالما بحالها

وإن كان هو الذي استولدها فإن لم يكن فيها فصل كان الولد حرا وعليه قيمته للمستحق لأنها مملوكة لرب المال في الظاهر والمضارب اشتراها له بأمره فهذا وفصل الوكيل سواء فيكون الولد حرا بالقيمة ويرجع على البائع بالثمن وقيمة الولد والذي يلي خصومة البائع في ذلك المضارب فيكون الثمن على المضاربة وقيمة الولد على رب المال

وإن كانت الجارية تساوي ألفين فالرجوع على البائع بثلاثة أرباع قيمة الولد لأن المملوك للمستولد من جهته كان هذا المقدر وهو قدر رأس المال وحصته من الربح فإنما يرجع بهذا القدر من قيمة الولد فيكون لرب المال خاصة ويرجع بالثمن فيكون على المضاربة

قال : (رجلان اشتريا من وصي يتيم أمة فاستولدها أحدهما ثم استحقت قضي له بها وبقيمة الولد على الأب ويرجع الأب بنصف تلك القيمة على الوصي) لأنه يملك نصفها من جهة الوصي ببيعه فبقدره يرجع عليه من قيمة ولدها ثم يرجع به الوصي في مال اليتيم لأنه كان عاملا لليتيم في ذلك فإذا لحقه عهدة يرجع به عليه وكذلك لو كان البائع أب الصبي فهو والوصي في حكم الرجوع سواء

وكذلك لو كان البائع وكيلا أو مضاربا إذا كان في المضاربة فصل لم يرجع على رب المال من قيمة الولد إلا بقدر رأس المال وحصته من الربح لأن في ذلك القدر عامل له وفي حصة نفسه من الربح عامل لنفسه فلا رجوع به له على رب المال

قال : (ولو كفل رجل للمشتري بما أدركه من درك لم يرجع المشتري على الكفيل بقيمة الولد) لأن هذا ليس بدرك في الجارية إنما يفوت بهذا ما التزم بصفة السلامة فكان بمنزلة عيب يجده بها فيردها وهناك لا يرجع على الكفيل بشيء كذلك هنا لا يرجع على الكفيل بشيء من قيمة الولد

قال : (وإذا غرت الأمة من نفسها رجلا أخبرته أنها أمة لهذا الرجل فاشتراها منه واستولدها ثم استحقت رجع أب الولد بالثمن وقيمة الولد على البائع دون الأمة) لأن الرجوع باعتبار التزام صفة السلامة بعقد المعاوضة والبائع هو الذي التزم ذلك للمشتري دون الأمة إنما الأمة أخبرته بخبر كذب ومجرد هذا الخبر لا يلزمه ضمان قيمة الولد كما بيناه

قال : (حرة ولدت ولدين في بطن واحد وكبرا واكتسبا مالا ثم مات أحدهما وترك ابنا ثم جاء رجل وادعى أنه زوج المرأة وأنهما إبناه فأقرت المرأة بذلك جحد الابن الباقي وابن الابن فإن الرجل والمرأة يصدقان على أنفسهما دون غيرهما فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما ويدخل في نصيب المرأة من الميراث) لإقرارهما أنهما يستويان في ذلك فإن من ترك أبوين وابنا فللابوين السدسان فلهذا قسم ما في يدها بينهما نصفان فإن أقر ابن المرأة بدعوة الرجل ثبت نسبه بإقراره ومن ضرورة ثبوت نسبه ثبوت نسب الآخر لأنهما توأم فيثبت نسبهما ولكنه لا يرث بهذا مع ابن الميت شيئا لأن الابن الباقي غير مستحق لشيء من ميراث الميت فتصديقه في حكم الميراث وتكذيبه سواء لأن الميراث مال ينفصل عن النسب في الاستحقاق ثبوتا وسقوطا

(ألا ترى) أن عبد الرق واختلاف الدين والنسب ثابت ولا ميراث

وإذا أقر أحد الأخوين بأخ آخر فالشركة في الميراث ثابتة ولا نسب وما كان طريق ثبوته الضرورة فالمعتبر فيه الجملة فإذا كان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر في الجملة لم يستحق الميراث بإقراره وإن ثبت نسبه

وإن أقر ابن الميت بدعوة الرجل وقد احتلم ثبت نسبهما جميعا منه لأنه في هذا التصديق قائم مقام أبيه وثبوت نسب أخيه يقضتي ثبوت نسب الآخر ضرورة ويرث معه الرجل لأن الحق في الميراث له وقد أقر بأن سدسا من الميراث وهو خمس ما في يده للأب فيؤمر بتسليمه إليه

قال : (ولو أن أمة ولدت ولدين في بطن واحد فاشترى رجل أحدهما وأعتقه ثم مات المعتق فورثه مولاه ثم اشترى رجل آخر الابن الباقي مع أمه فادعى أنه ابنه ثبت نسبه منه وإن كان كبيرا لا يقر بذلك إلا عبد له فلا حاجة إلى تصديقه في إثبات النسب منه ويثبت نسب ولد الميت أيضا منه ولا يكون له الميراث

الذي أخذه المولى) لما بينا أنه ليس من ضرورة ثبوت النسب استحقاق المال وإنما أورد هذا الفصل إيضاحا لما سبق فإنا لو قلنا يستحق المال على المولى بهذا الطريق كان يقدر كواحد على إبطال حق المولى عن الميراث المستحق له بأن يشتري الابن الآخر فيدعي نسبه وهذا بعيد وفيه من الضرورة ما لا يخفى فقلنا لا يستحق المال وإن ثبت نسب الآخر منه ضرورة والله أعلم بالصواب

(قال) الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي - رحمه الله - إملاء : اعلم بأن الإقرار خير متمثل متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا باعتبار ظاهره والمحتمل لا يكون حجة ولكنه جعل حجة بدليل معقول وهو أنه ظهر رجحان جانب الصدق على جانب الكذب فيه لأنه غير متهم فيما يقر به على نفسه ففي حق الغير ربما تحمله النفس الامارة بالسوء على الإقرار به كاذبا وربما يمنعه عن الاقرار بالصدق وفي حق نفسه النفس الامارة بالسوء على الإقرار به كاذبا وربما ينفعه عن الإقرار بالصدق وفي حق نفسه النفس الإمارة بالسوء لا تحمله على الإقرار بالكذب وربما يمنعه على الإقرار بالصدق فلظهور دليل الصدق فيما يقر به على نفسه جعل إقراره حجة وإليه أشار الله تعالى في قوله : ﴿ بل الإنسان على نفسه بصيرة ﴾ (القيامة : ١٤) قال ابن عباس - رضي الله عنهما - أي شاهد بالحق وادليل على أنه حجة شرعا قوله تعالى : ﴿ وليملل الذي عليه الحق ﴾ (البقرة : ٢٨٢) فأمر من عليه الحق بالإقرار بما عليه دليل واضح على أنه حجة والنهي عن الكتمان في قوله تعالى : ﴿ وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا ﴾ (البقرة : ٢٨٢) دليل على أن إراره حجة كما أن الله تعالى لما نهى عن كتمان الشهادة كان ذلك دليلا على أن الشهادة حجة في الأحكام ورجم رسول الله - صلى الله عليه و سلم - ماعزا - رضي الله عنه - حين أقر على نفسه بالزنى وقال صلى الله عليه و سلم في حديث العسف : (واغد يا أنيس إلى امرأة هذه فإن اعترفت فارجمها) فيكون الإقرار حجة في الحدود التي تندرئ بالشبهات دليل على أنه حجة فيميا لا يندرئ بالشبهات بالطريق الأولى ثم الإقرار صحيح بالمعلوم والمجهول بعد أن يكون المعلوم لأنه إظهار لما عليه من الحق وقد يكون ما عليه مجهولا فيصح إظهار بالمجهول كالمعدوم بخلاف الشهادة فإن أداء الشهادة لا تكون إلا بعد العلم بالمشهود به . قال الله تعالى : ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ (الزخرف : ٨٦) وقال صلى الله عليه و سلم للشاهد (إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع) فمع الجهل لا حجة إلى الشهادة بل هو ممنوع عن أدائها فأما من عليه الحق محتاج إلى إظهار ما عليه بإقراره معلوما كان عنده أو مجهولا فقد يعلم أصلب الوجوب ويجله قدر الواجب وصفته ولهذا صح إقراره بالمجهول ولأن الشهادة لا توجب حقا

إلا بانضمام القضاء إليها والقاضي لا يتمكن من القضاء إلا بالمعلوم فأما الإقرار موجب بنفسه قبل اتصال القضاء به وإذا احتمل بالمجهول أمكن إزالة الجهالة **بالإجبار** على البيان فلهذا صح الإقرار ولهذا لا يعمل بالرجوع عن الإقرار ويعمل بالرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها

إذا عرفنا هذا فنقول : رجل قال غصبت من فلان شيئا فالإقرار صحيح ويلزمه ما بينة ولا بد من تبيين أي شيء هو لأن الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غيره إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه فالغصب لا يرد إلا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون إقرارا بشراء ما هو مال لأن الشراء لا يتحقق إلا فيه

ولا بد من أن يبين ما لا يجري فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لم يقبل ذلك منه لأن إقراره بالغصب دليل على أنه كان ممنوعا منه من صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجري فيه التمانه فإذا تبين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لأن هذا بيان مقرر لأصل كلامه

وبيان التقرير صحيح موصولا أو مفصولا فإن ساعده المقر على ما بينه أخذ وإن ادعى غيره فالقول قول المقر مع يمينه لأنه حرج عن موجب إقراره بما بين فإذا كذبه المقر له فيه صار رادا إقراره بنفي دعواه شيئا آخر عليه وهو لذلك منكر فالقول قوله مع يمينه ويستوي إن بين شيئا يضمن بالغصب أو يضمن بعد أن يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى المغصوب فالقول قوله مع يمينه وكذلك إن بين أن المغصوب دار فالقول قوله

وإن كانت الدار لا يضمن بالغصب عند أبي حنيفة - رحمه الله - واختلف المشايخ - رحمهم الله - فيما إذا بين المغصوب زوجته أو ولده الصغير

فمنهم من يقول : بيانه مقبول لأنه موافق لمبهم كلامه فإن لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس أكثر مما يجري في الأموال وأكثرهم على أنه لا يقبل بيانه بهذا لأن حكم الغصب لا يتحقق إلا فيما هو مال فبيانه ما ليس بمال يكون إنكار الحكم الغصب بعد إقراره بسببه وذلك غير صحيح منه وفرق بين هذا وبين الخلع فإن من خالع امرأته على ما في بيتها من شيء فإنه ليس في البيت شيء كالخلع مجازا وله أن يجعل تسمية الشيء فيه دليلا على المالية بخلاف تسمية المتاع لأن الخلع من أسباب الفرقة والفرقة قد تكون بغير بدل في العادة فلا يكون فيما صرح دليلا على المالية في الشيء المذكور فأما الغصب لا يطلق في العادة إلا فيما هو مال ولا يثبت حكمه شرعا إلا فيما هو مال

فالتنصيص عليه دليل على المالية في الشيء المذكور والعصر قبل الخمر كان مالا فسد تقومه بالتخمر شرعا وصار المسلم مم نوعا من تموله من غير انعدام أصل المالية فيه

(ألا ترى) أنه بالتخلل يصير مالا متقوما وهو ذلك الغير فلهذا صح بيانه ثم الخمر محل لحكم الغصب ولهذا كان غاصب الخمر من الذمي ضامنا لهذا قبل بيانه

وكذلك لو أقر أنه غصب عبدا فهذه الجهالة دون الأول لأن جنس المقر به صار معلوما هنا ثم التوسع في الإقرار أكثر منه في الخلع والصلح عن دم العمد والنكاح وتسمية العبد مطلقا صحيح في هذه العقود ففي الإقرار الأول أن في هذه العقود ينصرف إلى الوسط لأنه عقد معاوضة فيجب النظر فيه من الجانبين وذلك بتعين الوسط الذي هو فوق الوكس ودون الشطط والإقرار لا يقابله شيء فلا يتعين فيه الوسط بل يكون المقر فيه مقبولا إذا لم يخالف ما يلفظ به سواء بين الرديء أو المعيب فاسم العبد أولى

توضيح الفرق أن الغصب فعل يستدعي محلا هو مفعول به ولأن يستدعي صفة السلامة فيه ومن حيث العادة أيضا ليس للغاصبين اختيار الوسط والتسليم وإنما يغصب الغاصب ما يقدر عليه فأما في عقود المعاوضات لها موجب شرعا في اقتضاء صفة السلامة وكذلك للناس عادة في إيراد عقد المعاوضة على التسليم دون المعيب فلهذا يصرف مطلف العقد فيه إلى التسليم فإن كان العبد الذي بعينه منصوبا في يده قائما رده وإن كان هالكا فعليه قيمته لأن ضمان الأصل في الغصب رد العين قال صلى الله عليه و سلم : (على اليد ما أخذت حتى ترد) وإنما يصار إلى القيمة عند عدم رد العين ليكون خلفا عن الضمان الأصلي وسميت قيمة لقيامها مقام العين فإن وقعت المنازعة بينهما في مقدار القيمة فالقول قول المقر لإنكاره الزيادة مع يمينه

وكذلك لو أقر بغصب شاة أو بقرة أو ثوب أو عرض وكذلك لو أقر أنه غصبه دار فالقول قوله في تعيينها سواء عينها في هذه البلدة أو في بلدة أخرى لأن الدار اسم لما أدير عليه الحائط وذاك لا يختلف باختلاف البلدان فكان بيانه مطابقا للفظه ولو قال هي هذه الدار التي في يد هذا الرجل وذو اليد منكر يقول الدار داري فالقول في تلك الدار قول ذي اليد لأن دعوى المقر أنها لغيره كدعواه أنها له فلا يصدق في ذلك بغير حجة لكنه خارج عن عهدة إقراره بما بين فإن بيانه مطابق للفظه لأن ما في يد الغير مال محل للغصب ثم لا يضمن المقر شيئا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد – رحمه الله – يصير ضامنا لقيمتها لأنه أقر ببعضها ومن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر أن العقار لا يضمن بالغصب وهي مسألة معروفة في كتاب الغصب

ولو قال غصبته هذه الأمة أو هذا العبد فادعاهما جميعا المقر له فإنه يقال للغاصب قر بأيهما شئت وتخلفت عن الآخر لأنه أدخل حرف أو في موضع الإثبات فيتناول بعض المذكورين

فإذا أقر بأحدهما خرج به عن عهدة ذلك الإقرار وقد صدقه المقر له في ذلك حين ادعاهما جميعا فيأخذ المقر له ذلك الشيء عينه وتبقي دعواه الآخر في يده فيكون القول الآخر قول المنكر مع يمينه

وإن ادعى المقر له أحدهما بعينه لم يستحق ذلك إذا زعم المقر أن المغصوب هو الآخر لأنه أقر بغصب في منكر ولأن ادعاء المقر له معين والمعين عند المنكر فلم يتناول إقراره هذا المحل بعينه فلا يستحق به ثم هو بالتعيين قصد إبطال حق البيان الثابت للمقر فإنه هو المبهم ومن أبهم شيئا فإليه بيانه وهو لا يملك إبطال الحق الثابت له

فإن بين المقر الآخر صح بيانه لأنه موافق لمبهم كلامه ولكن المقر له كذبه في ذلك والإقرار يرتد بالرد فيبطل إقراره به بنفي دعوى المقر له الآخر عليه وهو جاحد فالقول قوله مع يمينه

ولو أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا وكل واحد منهما يدعيه

فإن اصطلحا على أخذه أخذه وإن لم يصطلحا استحلف كل واحد منهما أو لا نقول فرق بين هذا والأول فقال هناك يقال له قر بأيهما شئت واحلف على الآخر وهو لا يقال له قر لأيهما شئت وأحلف للآخر لأن هناك الإقرار صحيح ملزم فإن المستحق معلوم إنما الجهالة في المستحق فيمكن إجباره على البيان لما صح إقراره وهنا إقرار غير صحيح لأن المقر له مجهول وجهالة المقر له تمنع صحة الإقرار لأن الحق لا يثبت للمجهول ولأن المغصوب عند الغصب قد بينه حاله على الغاصب أنه عبد أو أمة ولكن المغصوب منه لا يشتبه عليه عداة فلم يكن إقراره للمجهول حجة تامة في الاستحقاق حتى يجبر على البيان

ولكنهما إن اصطلحا على أن يأخذه أمر بالتسليم إليهما لأن المغصوب جهالة من يجب عليه تسليمه إليه وقد يزال ذلك باصطلاحهما فإن أحدهما مالك والآخر نائب عنه وكما يؤمر الغاصب بالرد على نائبه ولأنه كان مقرا أنه لا حق له في العبد منهما فإن الحق فيه لا يعدوهما وإنما لم يصح إقراره في التزام التسليم إلى أحدهما بعينه فلا يجبر على البيان لأن ذلك غير ثابت بإقراره فإذا اصطلحا فقد ثبت بإقراره أن المستحق منهما يأمره بالتسليم إليه

فإن لم يصطلحا استحلف لكل واحد منهما بعينه لأن كل واحد منهما يدعي الحق لنفسه عينا وهو لم يقر بذلك وإنما أقر لمنكر منهما والمنكر في حق المعين كالمعدوم وللقاضي الخيار في البداية بالاستحلاف لأيهما شاء

وقيل : هذا بالاستحلاف لمن سبق بالدعوى

وقيل : يقرع بينهما تطمينا لقلوبهما فإن نكل عن اليمين أحدهما يأمره بالتسليم إليه ما لم يحلفه الآخر بخلاف ما إذا أقر لأحدهما بعينه فإنه يأمره بالتسليم إليه لأن الإقرار موجب الحق لنفسه فأما النكول لا يوجب الحق إلا بقضاء القاضي والقاضي لا يقضي إلا بعد النظر لكل قسم ومن حجة الآخر أن يقول القاضي إنما نكل له لأنك بدأت بالاستحلاف له

ولو بدأت بالاستحلاف لي لكان ينكل لي وفي الإقرار لا يمكن الآخر أن يحتج بمثل هذا وقد زعم أن المقر له أحق بالعين منه فيأمره بالتسليم إليه فإن حلف لأحدهما ونكل للآخر قضى القاضي به للذي يحل له لأنه حق من حلف له وقد انتفى يمينه ما لم يأت بحجة ولا حجة له ونكوله في حق الآخر قائم مقام إقراره فيأمره بالتسليم إليه

وإن نكل لهما قضي القاضي بالعبد بينهما وبقيمته أيضا بينهما لأن بنكوله صار عقرا له وغصب من كل واحد منهما جميعه وما لو قدر إلا على النصف يرده على كل واحد منهما وليس أحدهما أولى به من الآخر فيلزمه رد نصف القيمة على كل واحد منهما اعتبارا للجزء بالكل إذا تعذر رده

ولو حلف لهما لم يكن لهما عليه شيء لأن حق كل واحد منهما قد انتفى يمينه إلى أن يجد الحجة فإن أراد أن يصطلحا بعد ذلك لم يكن لهما ذلك في قول أبي يوسف – رحمه الله – الآخر

وكان يقول أولا : لهما ذلك وهو قول محمد – رحمه الله

وجه قوله الأول : أن حق الأخذ عند الاصطلاح ثبت لهما بهذا الإقرار بدليل أنهما لو اصطلحا قبل الاستحلاف فإن لهما أن يأخذاه والحق الثابت بالإقرار لا يبطل باليمين والمعنى الذي فات لهما أن يأخذاه قبل الاستحلاف إذا اصطلحا على أن أحدهما مالك والآخر نائب عنه وهذا موجود بالاستحلاف ولأن الاستحلاف هو غير محل للإقرار لأن الإقرار كان لأحدهما بغير عينه والاستحلاف كان استحقاق كل واحد منهما بعينه فلا يتغير به حكم ذلك الإقرار فالقاضي يتيقن أنه صادق في يمينه أو كاذب ولا تأخير لليمين الكاذبة في إبطال الاستحقاق

وجه قول أبي يوسف الآخر – رحمه الله – أن يمين المقر يبطل حق من حلف له كما لو حلف لأحدهما يبطل حقه ومزاحمته ثم التفقه فيه من وجهين :

أحدهما : أن أصل الإقرار وقع فاسدا لجهالة المقر له لما بينا أن الغصب يوجب رد العين والمستحق للرد عليه بهذا الإقرار غير معلوم أو كان الإقرار فاسدا ولكن أراد منعه العباد برفع المفسد بالاصطلاح ممكن فإن أزال ذلك قبل تقرر لفساد صح الإقرار وأمر بالتسليم إليهما

وإن تقرر الفساد بقضاء القاضي لا يمكن إزالته بعد ذلك برفع كالبيع الفساد بخيار مجهول أو بعمل مجهول إذا تقررت صفة الفساد بالقضاء وهنا لما استخلفه القاضي لكل واحد منهما فقد حكم بفساد ذلك الإقرار فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك باصطلاحهما

(الثاني) : أن لكل واحد منهما لما طلب يمينه فقد عاملة المنكرين فصار راد الإقرار يرتد برد المقر له فلم يبق لهما حق الاصطلاح بعد ذلك بخلاف ما قبل الاستحلاف والثابت بالإقرار أحد الأمرين إما الاصطلاح أو الاستحلاف فكما لو أقر على الاصطلاح كانا قابلين لإقراره فلا يبقى لهما حق الاستحلاف بعد ذلك

فكذلك لو أقر على الاستحلاف كانا رادين لإقراره فلا يبقى لهما حق الاصطلاح بعد ذلك وقوله الاستحلاف في غير محل لإقراره قلنا محل الإقرار لا يعدوهما فإذا وجد الاستحلاف منهما فقد تيقن بوجوده ممن وقع الإقرار له فكان ذلك مبطلا لحق الإقرار

ولو قال غصبت العبد من هذا لا بل من هذا فهو للأول وللآخر قيمته لأن كلمة لا بل للاستدراك بالرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقامه إثبات والرجوع عما أقر به للأول باطل وإثبات ما أقر به للأول في حق الثاني صحيح فيبقى العبد مستحقا للأول بصدر كلامه وقد صار مقرا ببعضه من الثاني وهو عاجز عن رد عينه حين سلمه إلى الأول بحكم الحاكم فكان عليه للثاني قيمته

والدليل على أنه كلمة (لا بل) موضوعة لما قلنا مثل قول الرجل جاءني زيد لا بل عمر ويفهم منه الأخبار بمجيء زيد وهو بخلاف ما لو قال هذا العبد لفلان بل لفلان حيث يؤمر بتسليمه إلى الأول ولا شيء للثاني عليه لأنه ما أقر على نفسه بفعل موجب للضمان في حق الثاني إنما شهد له بالملك فيما صار مملوكا لغيره بصدر كلامه والشاهد بال ." (١)

---

(١) المبسوط، ٤٣٨/٦

" (قال رحمه الله) (رجل وكل رجلا بتقاضي دينه وبقبضه لم يكن للوكيل أن يوكل غيره بذلك) لأن الناس يتفاوتون في التقاضي فقد يمل الغريم من تقاضي بعض الناس والموكل إنما رضي بتقاضيه بنفسه لا بتوكيله والقبض باعتبار الائتمان والناس يتفاوتون فيه فلا يكون رضا الموكل بقبض الوكيل رضا منه بقبض غيره فإن قبضها الوكيل الثاني لم يبرأ المطلوب لأنه في حق الطالب كأجنبي آخر فلا يبرأ المطلوب بقبضه إلا أن يصل المال إلى الوكيل الأول لأن يد الوكيل كيد الموكل فوصوله إلى يده كوصوله إلى يد الموكل ولأن وصوله إلى يده من جهة وكيله كوصوله إلى يده أن لو قبض بنفسه وكذلك إن كان الآخر مما في عيال الأول فحينئذ يكون قبضه مبرئا للمطلوب لأن يد من في عيال الوكيل كيد الوكيل

(ألا ترى) أنه إن قبضه بنفسه ثم دفعه إلى من في عياله لم يصر ضامنا وهذا لأن الوكيل أمين في المقبوض والأمين يحفظ الأمانة تارة بيده وتارة بيد من في عياله

قال : (وإن وكله بتقاضي كل دين له ثم حدث له بعد ذلك دين فهو وكيل في قبضه استحسانا وفي القياس لا يكون وكيلا في قبضه) لأنه سمي في الوكالة كل دين له والدين اسم لما هو واجب فإنما يتناول ما كان واجبا عند الموكل دون ما يحدث ولكنه استحسن للعادة فإن الناس بهذا التوكيل لا يقصدون تخصيص الواجب على ما يحدث وجوبه

(ألا ترى) أنه يوكل الغير بقبض غلاته ومراده في ذلك ما هو واجب وما يحدث وجوبه بعد ذلك وهذا لأن مقصوده في هذا التوكيل صيانة هذا النوع من ماله بقبض الوكيل فإنه لا يتفرغ لذلك بنفسه لكثرة اشتغاله وفي هذا المعنى لا فرق بين ما هو واجب وبين ما يحدث وجوبه فإن جحد الغريم الدين فقد بينا أن عند أبي حنيفة - رحمه الله - الوكيل بالتقاضي والقبض وكيل بالخصومة فيثبت الدين بالبينة وعندهما لا يكون وكيلا بالخصومة فيتوقف الأمر حتى يحضر الطالب

قال : (ولو وكل رجلين بالقبض فقبض أحدهما لم يبرأ الغريم حتى يصل ذلك إلى الآخر ويقع في أيديهما جميعا) لأنه رضي بأمانتهما جميعا فلا يكون راضيا بأمانة أحدهما ولكن إذا وقع في أيديهما تم مقصود الموكل الآن فكأنهما باشرا العقد بالقبض من الغريم وإذا قال لغيره : وكلتك بديني فهو وكيل بقبضه استحسانا وفي القياس لا يكون وكيلا . لجهالة ما وكله به من استبدال أو صلح أو قبض أو إبراء وهذه جهالة غير مستدركة ولكنه استحسن للعادة فالمراد بهذا اللفظ في العادة التوكيل بالقبض ومعنى كلامه وكلتك بديني لتعينه وتعينه بالقبض يكون ولأن القبض متيقن به إذ ليس فيه تغيير شيء من حق الموكل وهو

موجب الدين باعتبار الأصل فينصرف التوكيل إليه وهذا نظير الاستحسان الذي قال فيما إذا وكله بماله يكون وكيلا بالحفظ لأنه هو المتيقن به

قال : (وإذا وكله بقبضه فأبى أن يقبل الوكالة ثم ذهب فقبض لم يكن وكيلا ولم يبرأ الغريم من الدين) لأن الوكالة قد ارتدت برده فكان هو في القبض كأجنبي آخر فلهذا لا يبرأ الغريم ويرجع الطالب بماله على الغريم ثم إن كان المقبوض قائما في يد الوكيل استرده الغريم منه لأنه عين ماله سلمه إليه ليستفيد منه البراءة من الدين وهو لم يستفد

وإن هلك المال في يد الوكيل رجع عليه الغريم فضمنه إن كان كذبه في الوكالة لأنه قبض منه المال بشرط أن يستفيد البراءة عما في ذمته أو يملك ما في ذمته فإذا لم يستفد هذا لم يكن راضيا بقبضه بل هو في حقه كالغاصب وكان له أن يضمنه

وكذلك إن لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه لأنه إذا كان ساكتا فإنما دفع المال بزعمه وزعمه أن يستفيد الغريم البراءة بما يدفعه إليه فيفيد رضاه به

وإن صدقه وضمنه فقد قال : أنت وكيلي لا آمن أن يجحد الطالب إذا تصرف ضمن له ما يقبضه الطالب مني وهذا ضمان صحيح لأنه مضاف إلى سبب الوجوب لأن الطالب في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا فكأنه قال : أنا ضامن لك ما يغصبه فلان منك وهذا إضافة إلى سبب الوجوب فكان صحيحا فإن صدقه في الوكالة ولم يضمنه لم يرجع به عليه لأنهما تصادقا على أنه في المقبوض أمين وأن الطالب في قبضه من الغريم ثانيا غاصب ظالم ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره

قال : (ولو قبل الوكالة ثم أخرجه الموكل من الوكالة ولم يعلمه ذلك فهو على وكالته) لما بينا أن العزل حجر عليه في القبض فلا يثبت حكمه في حقه ما لم يعلم به وإن أخبره بذلك حر أو كافر أو مسلم صغيرا أو كبيرا برسالة من الآمر لم يكن له أن يقبض شيئا ولم يبرا الغريم منه إن أعطاه لأنه كعبارة المرسل وإرسال الصبي والعبد في مثل هذا معتاد بين الناس فإن كل واحد لا يجد عدلا ليرسله في حوائجه

قال : (وإن كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب يبرأ بالدفع حتى يأتيه الخبر أنه قد أخرجه من الوكالة) لأن توكيله إياه بمحضر من المطلوب أمر للمطلوب بالدفع إليه ثم الإخراج نهى له عن ذلك فبعد ما علم بالأمر لا يثبت حكم النهي في حقه ما لم يعلم به

قال : (وإذا ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب أو ذهب عقله ثم أسلم أو رجع إليه عقله فهو على وكالته) أما عند ذهاب عقله فلأنه لم يوجد ما ينافي الوكالة ولكنه في حال الجنون عاجز عن القبض وأداء الأمانة

في المقبوض فإذا زال ذلك صار كأن لم يكن فهو على وكالته أما في الردة فإن لم يكن القاضي قضى بإلحاقه فهو بمنزلة الغيبة وإن كان القاضي قضى بلحاقه فهذا الجواب قول محمد - رحمه الله - وقد بينا الخلاف فيما سبق

قال : (والوكيل بقبض الدين إذا وهبه الغريم أو أبرأه منه أو أخره أو أخذ به رهنا لم يجز) لأن هذا تصرف غير ما أمر به

(ألا ترى) أن الموكل غير مجبر على شيء من هذا وهو مجبر على القبض إذا أتاه المطلوب بالمال وهذا قول هو الأصل في هذا الجنس أن الوكيل بالقبض إنما يملك القبض على وجه لا يكون للموكل أن يمتنع منه إذا عرضه عليه المطلوب فليس للوكيل بالقبض ذلك كالشراء بالدين والاستبدال

وإن قال الوكيل : قد برأ إلى منه أو قامت عليه بينة بهذا القول برئ الغريم لأن هذا اللفظ إقرار بالقبض والوكيل بالقبض يصح إقراره في براءة الغريم

قال : (وإن أخذ منه كفيلا بالمال جاز وله أن يأخذ به أيهما شاء) لأن الكفالة بالمال توثق به وأمره إياه بالقبض لتحقيق معنى الصيانة وذلك يزاد بالتوثق به ولا ضرر فيه على الموكل إلا أن يكون أخذ كفيلا على أن أبرأه فحينئذ لا تجوز البراءة عليه لما فيه من الضرر على الآمر وهذا بخلاف الرهن لأنه وإن كان توثقا لجانب الاستيفاء لكن فيه نوع ضرر على الآمر على معنى أنه لا يتصرف في المرهون فبهلاكه يصير مستوفيا ويسقط حقه فلهذا لم يصح في حق الآمر

قال : (وإذا وكله في كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس بوكيل في تقاض ولا شراء ولا بيع) إلا في قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - فإنه يقول ظاهر لفظه يتضمن ذلك كله فإنه من القليل والكثير الذي له أن يباشره بولايته في ماله ولكنا نقول قد عرفنا يقينا أنه لم يرد بهذا اللفظ جميع ماله أن يفعله وإنما يثبت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمتيقن به هو الحفظ فلا يملك إلا ذلك بمنزلة قوله وكلتك بمالي

قال : (وإذا وكله بتقاضي دينه بالشام فليس له أن يتقاضى دينه بالعراق) لأن الوكالة تتقيد بتقييد الموكل وتقييده بموضع كتقييده بشخص بأن يوكله بتقاضي دينه على فلان فكما أن هناك الوكالة لا تعدو إلى غيره فكذلك هنا وهذا لأنه إنما يستعين بغيره فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وقد يعجز عن مباشرة القبض لديونه في موضع دون موضع

قال : (وإذا وكل ذمي مسلما بتقاضي خمر له على ذمي كرهت للمسلم أن يقبض ذلك) لأن المسلم مأمور بالاجتناب عن الخمر ممنوع من الاقتراب منها وفي القبض اقتراب منها ولأن التوكيل بقبض الدين من وجه توكيل بتمليك الدين لأن الديون تقضي بأمثالها فالوكيل يملك المطلوب ما في ذمته بما يقبضه وتوكيل الذمي المسلم بتملك الخمر لا يجوز إلا أن هنا يجوز إن قبض في حق براءة الغريم لأنه من وجه تعيين لما كان مملوكا للطالب دينا فكان كالوكيل بقبض العين ومن وجه يتضمن التمليك ولكن لا يتوقف هذا على فعل الوكيل

(ألا ترى) أن المطلوب إذا أتى بالدين فوضعه بين يدي الطالب أو وكيله برئ فلما كان إتيانه لا يستدعي فعلا من الوكيل قلنا يجوز ولمكان أن فيه تمليك الخمر من وجه قلنا يكره توكيل المسلم به

قال : (وإذا قال الرجل للرجل اقض عني فلانا من مالك ألف درهم ثم أقضيكها فقال المأمور : قد دفعتها إلى فلان وصدقه الآمر فإن الطالب يأخذ الآمر بما له) لأن دعوى المأمور للقضاء كدعوى الآمر بما له بنفسه وهو غير مصدق فيما يدعي من قضاء الدين إلا بحجة فكذا المأمور لا يصدق ولكن إذا حلف الطالب أخذ ماله من الغريم ولا شيء للمأمور على الآمر لأنه أمره بدفع يكون مبرئا له عن حق الطالب ولم يوجد ذلك حين لم يستفد البراءة ولأنه وكله بأن يملكه ما في ذمته ببدل يعطيه من مال نفسه ولم يكن ذلك حين رجع عليه الطالب بدينه فهو نظير ما لو وكله بأن يملكه عينا في يده بغيره بشرائه له وهناك لو قال اشتريته ونقدت الثمن من مالي وجحد ذلك صاحب العين وأخذ متاعه لم يكن للمأمور أن يرجع على الآمر بشيء فكذلك هنا

قال : (وإذا وكل الوصي وكيلا بدفع دين على الميت أو وصية إلى صاحبها فهو جائز) لأنه يملك مباشرة الدفع بنفسه فيستعين فيه بغيره أيضا ولو وكل وكيلا وسماه في هذا الكتاب فدفع بغير بينة ولم يكتب براءة فلا ضمان عليه لأنه أمين في المال المدفوع والقول قول الأمين في براءة ذمته مع اليمين إلا أن يكون مما لا يدفع إلا بشهود فحينئذ يضمن إذا دفع بغير شهود لأنه نهاه عن الدفع واستثنى دفعا بصفة وهو أن يكون بشهود

فإذا دفع بغير شهود فهذا الدفع لم يكن مأمورا به فصار غاصبا ضامنا وإن قال الوكيل : قد أشهدت وجحد الطالب أن يكون قبض ولم يكن للوكيل شهود إلا قوله أشهدت كان الوكيل بريئا من الضمان بعد أن يحلف على ذلك لأنه أخبر بأداء الأمانة فالقول قوله مع يمينه

(ألا ترى) أن فيما تقدم جعل إخباره بأصل الدفع مقبولا براءته لأنه مسلط على ذلك فكذلك خبره بالدفع بالصفة التي أمر بها يكون مقبولا لكنه محتمل فقد يشهد على الدفع ثم يغيب الشهود أو يموتون فلا يقدر على إحضارهم وعلى هذا لو قال لا تدفع إلا بمحضر من فلان فدفع بغير محضر منه كان ضامنا لما قلنا

قال : (ولو وكله بدفع مال لفلان عليه له فارتد الوكيل ثم دفعه إليه جاز) لأن المدفوع مال الموكل والدفع تصرف من الوكيل من متاع نفسه لا في ماله ولا حق لورثته في ذلك فكان دفعه بعدالردة كدفعها قبلها

فإن ارتد الموكل قبل ردته أو لحق بدار الحرب فقال الوكيل دفعت المال قبل أن يرتد فالقول قوله لأنه أخبر بما كان مسلطا عليه وكان خبره مقبولا في براءته عن الضمان وإن دفع الموكل المال إلى صاحبه ثم دفع الوكيل المال الذي أمر بدفعه إليه وهو لا يعلم بدفع الموكل فلا ضمان عليه

قال : (وهذا مثل إخراجه من الوكالة) وقد بينا أن إخراجه من الوكالة لا يصح في حقه ما لم يعلم به دفعا للضرر عنه فهذا مثله

فإن قيل : هذا إخراج حكما لأن الدين لا يبقى بعد قضاء الموكل فيكون قضاؤه تفويتا للمحل وذلك عزل حكمي فلا يتوقف على العلم

قلنا : لا كذلك فإن دفع الموكل بنفسه ليس موجب العزل حكما ولكن يتضمن منع الوكيل عن الدفع لأنه لا يحصل المقصود بدفعه بعد ذلك

(ألا ترى) أن الطالب لو وجد المقبوض زيوفا فرده على المطلوب كان الوكيل على وكالته فتبين أن هذا بمنزلة عزله قصدا لا حكما فيتوقف على علمه به وكذلك لو وهب الطالب المال للمطلوب أو أبرأه منه فهذا بمنزلة العزل قصدا فلا يثبت في حق الوكيل إذا لم يعلم به ولا يصير ضامنا للمال بدفعه بل يرجع المطلوب بالمال على الطالب إن بين هو لكونه مالكا وإنشاء الوكيل لكونه دافعا وقد تبين أنه لم يكن للقابض حق القبض منه ولو دفعه إليه الوكيل وهو يعلم بذلك فهو ضامن له لأنه انعزل عن الدفع حين علم بسقوط الدين عن المطلوب فإذا دفعه كان ضامنا ويرجع به على الذي قبضه منه لأنه ملك المقبوض بالضمان وقد قبضه منه بغير حق وكان له أن يرجع به عليه

وقد فرق أبو حنيفة – رحمه الله – بين هذا وبين الوكيل بأداء الوكالة وهذا فرق قد بيناه على أصل الكل في كتاب الزكاة فلو لم يكن شيء من ذلك ولكن الطالب ارتد ثم دفع الوكيل إليه بالمال فإن قتل على

ردته أو لحق بدار الحرب فدفع الوكيل إليه باطل في قول أبي حنيفة – رحمه الله – لأنه تصرف منه في كسب إسلامه وقد تعلق به حق ورثته فكان تصرفه فيه موقوفا عند أبي حنيفة – رحمه الله – ولكن الوكيل لا يصير ضامنا إلا أن يعلم أن قبضه لا يجوز بعد ردته

فإذا علم ذلك فحينئذ يضمن لأن دفع الضرر عن الوكيل واجب وإذا علم اندفع الضرر عنه ودفع المال على وجه لم يحصل مقصود الآمر فصار ضامنا

وإذا لم يعلم فهو محتاج إلى دفع الضرر عنه وقد امتثل أمره في الدفع ظاهرا فلا يصير ضامنا كما بيناه

وهذه المسائل المعدودة التي يضر العلم فيها وهي خمس جمعناها في غير هذا الموضع

قال : (وإذا ضمن الوكيل لعلمه رجع في مال المرتد الذي اكتسبه في الردة) لأنه قبضه منه بغير حق حين لم يحصل للمطلوب البراءة بهذا القبض فكان دينا عليه في كسب ردته ولا يجوز أن يكون الواحد وكيلا للمطلوب في قضائه ووكيلا للطالب في الاقتضاء كما لا يجوز أن يكون المطلوب وكيلا للطالب في قبض الدين من نفسه وهذا لأن في القبض معنى المبادلة من وجه فلا يتولاه الواحد من الجانبين كالبيع والشراء

قال : (والتوكيل بالتقاضي والقبض جائز إن كان الموكل حاضرا أو غائبا صحيحا ومريضا) لأنه تفويض إلى غيره ما هو من خالص حقه ولا ضرر فيه على الغير فإن القبض معلوم بجنس حقه لا يتفاوت فيه الناس وعلى المطلوب أن يقضي الدين ولا يخرج الوكيل ولا الطالب إلى التقاضي مع أن للتقاضي حقا معلوما إذا جاوزه منع منه بخلاف الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة – رحمه الله – فإن مات المطلوب فالوكيل على وكالته في تقاضي ذلك من مال الميت فإن الدين لم يسقط بموت المطلوب بل قضاؤه من تركته مستحق وابتداء التوكيل بالتقاضي بعد موته صحيح فبقاؤه أولى

ولو كان الموكل هو الميت بطلت الوكالة لأن المال صار ميراثا لورثته ولم يوجد التوكيل منهم بقبضه فإن قال قد كنت قبضته في حياة الموكل ودفعته إليه لم يصدق في ذلك لأنه أخبر بما لا يملك إنشاءه فكان متهما في الإخبار وقد انعزل بموت الموكل والدين قائم ظاهرا فلا يقبل قوله في إبطال ملك قائم للوارث وإن لم يمت الطالب ولكنه احتال بالمال على آخر وأبرأ المطلوب منه لم يكن للوكيل أن يقبضه من المحتال عليه ولا من الأول لأنه لم يبق في ذمة الأول شيء والتوكيل كان مقيدا بالتقاضي والقبض منه فلا يملك به القبض من غيره وهو المحتال عليه

فإن نوى ما على المحتال عليه ورجع على الأول فالوكيل على وكالته لأن الحوالة لم تبطل الوكالة ولكن تعذر على الوكيل مطالبة المحيل كما كان فبقي الوكيل على وكالته وكذلك لو اشترى الموكل بالمال عبدا من المطلوب فاستحق العبد من يده أو رده بسبب هو فسخ من الأصل فقد عاد دينه كما كان فبقيت الوكالة

وكذلك لو كان قبض الدراهم فوجدها زيوفا لأن بالرد بعيب الزيافة انتقض القبض من الأصل فبقي الوكيل على وكالته

ولو أخذ الطالب منه كفيلا لم يكن للوكيل أن يتقاضى من الكفيل لأن التوكيل مقيد بالتقاضي من الأصيل فلا يملك به التقاضي من غيره

فلو قال الطالب لرجل إذا حل مالي على فلان فتقاض أو قال إذا قدم فتقاضاه أو اقبض ما عليه كان جائزا لأن التوكيل إطلاق وهو يحتمل التعليق بالشرط والإضافة إلى وقت وكذلك لو قال إذا أديته شيئا فأنت وكيلي في قبض ما عليه فقد أضاف التوكيل بالقبض إلى حال وجوب الدين كالمستثنى للوكيل في ذلك الوقت

ولو قال : أنت وكيلي في قبض كل دين لي وليس له دين يومئذ ثم حدث له دين كان وكيلا في قبضه أما على طريقة الاستحسان فغير مشكل لما بينا وعلى طريقة القياس فكذلك لأن الدين اسم للواجب في الحال حقيقة ولما استجيب مجاز ولم تكن الحقيقة مرادة هنا فتعين المجاز وفيما تقدم كانت الحقيقة مرادة فانتفى المجاز ولو قال اذهب فتقاض ديني على فلان فله أن يقبضه لأن المقصود من التقاضي القبض والمأمور بالشيء يكون مأمورا بتحصيل المقصود به ولا يكون وكيلا في الخصومة لأن قوله اذهب فتقاض ديني بمنزلة قوله اذهب واقبضه وهذا اللفظ بمنزلة الرسالة بالقبض فلا يصير به وكيلا بالخصومة إلا أن يصرح بلفظة التوكيل

قال : (ولو كتب في ذكر الحق ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه أو وكيل بقبضه لم تكن هذه الوكالة شيئا) لأنه توكيل لمجهول بالقبض وهو باطل

قال : (ولو كتب فيه أن فلانا وكلني وكيلا في قبض هذا الحق كان جائزا) لأنه توكيل المعلوم وذلك صحيح يتم للموكل في حقه ولا يتوقف على حضرة الوكيل

قال : (ولو وكله يقبض دينه على رجل فقبضه كان بمنزلة الوديعة عند الوكيل) لأنه في القبض عامل للموكل فكأن الموكل قبضه بنفسه ثم دفعه إليه ليحفظه

فإن وجده الوكيل زيوفا أو ستوقا فرده فإنه ينبغي في القياس أن يضمن ولكن استحسن أن لا أضمنه فقد جمع في السؤال بين الفصلين والمراد بالجواب أحدهما وهو الزيوف فأما في الستوق فلا يضمن بالرد قياسا واستحسانا لأنه وكيل يقبض دينه والستوق ليست من جنس دينه فلا يصير به قابضا دينه حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لا يجوز فرد المقبوض لأنه باق على ملك من قبضه منه وهو على وكالته في قبض دينه

وجه القياس : في الزيوف أنه من جنس دينه فصار به قابضا ويجعل في الحكم كأن الموكل قبضه بنفسه ثم دفعه إليه ليحفظ فإذا رده على غيره صار ضامنا وهذا لأن الوكالة انتهت بالقبض فهو في الرد كأجنبي آخر

ووجه الاستحسان أنه مأمور بقبض أصل حقه بصفته وقد تبين أنه لم يقبض الصفة ولا يتوصل إلى قبض الصفة إلا برد الزيوف فصار مأمورا به من جهة الموكل دلالة

توضيحه : أن قبض الدين فيه معنى التمليك من وجه والزيافة عيب في الدراهم والوكيل بالتمليك بعوض يملك الرد بالعيب كالوكيل بالبيع والشراء

قال : (وإن وكله بتقاضي حنطة له على رجل فقبضها ووجد بها عيبا فردها فهو جائز) لأنه تبين أنه مما قبض حقه فيرد المقبوض ليقبض الحق بصفته وفيه منفعة للآمر لأنه لو هلك المقبوض قبل الرد بطل حقه من الصفة فكان في الرد إحياء حقه وإن لم يكن بها عيب فاستأجر لها من يحملها لم يجب الأجر على الآمر لأنه متبرع بالحمل فأداء الكراء عليه فإن الآمر لم يأمره بذلك

قال : (إلا أن يكون في المصر فأستحسن أن أجعله عليه في القياس هو متبرع هنا كما في الأول (وفي الاستحسان قال : الظاهر هنا أنه يأمره بالقبض في المصر ليحمله إلى منزله) لأنه إذا أراد الأكل جملة إلى منزله

وإن أراد البيع فكذلك لأن قيمة الحنطة في المصر لا تختلف بالسوق وغيره فأما خارج المصر فإن كان مراده البيع فربما يبيعه هناك ولا يحمله إلى المصر إذا كان أنفع له من التزام الكراء فلا يكون أمره بالقبض أمرا بالحمل إلى منزله ولأن المؤنة في الحمل إلى المصر تقل فلا يكون على الآمر فيه كثير ضرر لو عدينا حكم الآمر إلى الحمل فأما خارج المصر فالمؤنة تكثر فربما يتضرر به الآمر فلهذا لا يتعدى حكم الوكالة إلى الحمل

وعلى هذا لو وكله بقبض رقيق أو غنم فقبضها وأنفق عليها في رعيها أو في كسوة الرقيق وطعامهم فهو متطوع في ذلك لأن الأمر بالقبض لا يتعدى إلى هذه الأشياء فهو متبرع فيها كسائر الأشياء

قال : (ولو وكله بقبض دين له على أبي الوكيل أو ولده أو مكاتبه أو عبده فقال الوكيل : قد قبضته وهلك في يدي وكذبه الآمر فالقول قول الوكيل) لأن الوكالة لما صحت بالقبض من هؤلاء صار هو مسلطا من جهة الآمر على الإقرار بالقبض لأن من ملك مباشرة الشيء يملك الإقرار به وتأويله في حق العبد إذا كان مديونا أما إذا لم يكن مديونا فتوكيله بالقبض يصح كتوكيله بالقبض من نفسه ولا يصح إقراره بالقبض لأن وجوب الدين فيما هو ملك المولى وفي بعض النسخ

قال : (أو مكاتب ولده أو عبده يعني عبد الولد) وهذا الجواب واضح وإن كان الوكيل عبدا فقال : قد قبضت من مولاي أو من عبد مولاي وهلك مني فهو مصدق أيضا لأنه صح التوكيل وملك إبراء الغريم بمباشرة القبض منه فكذلك بإقراره بالقبض منه

قال : (وإن كان الوكيل أبا الطالب أو المطلوب فكذلك) لأنه لا تهمة في إقرار الوكيل بالقبض منه وقد صح توكيله إياه بالقبض ولو وكل غيره أن يلزم رجلا بمال له عليه لم يكن وكيلا بالقبض بخلاف الوكيل بالتقاضي فإن هناك التوكيل مضاف إلى المطلوب دون الدين لأنه يقول : وكلتك بأن تلازم فلانا فلا يتعدى ذلك إلى قبض الدين ولهذا يختار للملازمة أسفه الناس ومن يتأذى المطلوب بملازمته ومصاحبته ويختار للقبض الأمناء فلهذا لا يتعدى التوكيل بالملازمة إلى القبض

قال : (ولو وكل المسلم مرتدا بقبض دينه فقبضه أو أقر بقبضه وهلاكه منه ثم قتل على ردته جاز قبضه) لأن قبول الوكالة صحيح فإنه يتصرف به في منافعه لا فيما يتعلق به حق ورثته وكذلك إن كان الوكيل حربيا فقبضه ثم لحق بدار الحرب لأنه قبض بحكم وكالة صحيحة فبرئ الغريم وصار كأن الموكل قبضه بنفسه ثم دفعه إليه ليحفظه

قال : (ولو وكل رجل رجلا بقبض دينه من فلان وأمره أن لا يقبضه إلا جميعا فقبضه كله إلا درهما لم يجز قبضه على الآمر) لأنه قيد الأمر بوصف مرغوب فيه فإن التجار يرغبون في قبض الحق جملة واحدة ويمتنعون من القبض متفرقا فإذا لم يقبض الكل جملة لم يكن هذا القبض هو المأمور به فلا يستفيد الغريم به البراءة وللطالب أن يرجع عليه بجميع حقه

وكذلك لو قال له لا تقبض درهما دون درهم فإن معنى هذا لا تقبضه متفرقا فإذا قبض شيئا دون شيء لم يبرأ الغريم من شيء

قال : (وإذا ادعى الرجل أن فلانا وكله بقبض دين له على هذا فلم يقر الغريم به ودفع المال إليه على الإنكار ثم أراد أن يسترده منه لم يكن له ذلك) لأنه دفع إليه على وجه القضاء فما لم يتبين الأمر بخلافه لا يكون له حق الاسترداد فإن قاضي الدين ينقطع حقه عن المقضي به من كل وجه

(ألا ترى) أنه لو قضي الطالب دينا على دعواه لم يسترده ما لم يتبين أنه لا دين له عليه فكذلك إذا قضاه الوكيل بدعواه الوكالة

وإن أقر بالوكالة ثم أراد أن لا يدفع المال إليه فإن القاضي يقضي عليه بالمال للوكيل على ما بينا أن المديون يقضي الدين بملك نفسه وهو إنما أقر بثبوت حق القبض له في ملكه وذلك جحد عليه إلا على قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - فإنه يقول : لا يجبره القاضي على الدفع إليه ولكن يقول له أنت أعلم إن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه لأنه لم يثبت كونه نائبا عن الطالب في حق القاضي وولاية **الإجبار** بعد ثبوت كونه ثابتا عنده

ولكنا نقول : قد ثبت ذلك بجبر الوكيل وتصديق المطلوب إذ ليس هنا مكذب لهما وكل خبر عند القاضي محمول على الصدق ما لم يأت له معارض ولكن إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة رجع على الغريم بماله لأن الوكالة لا تثبت في حق الطالب لإنكاره ولم يحكم ببراءة الغريم في حق الطالب أيضا لأن حجة **الإجبار** قاصرة على المطلوب والوكيل وثبوت الحكم بحسب الحجة

قال : (وإن أنكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل : استحلفه أنه ما وكلني ليستحلفه على ذلك فإن حلف برئ وإن نكل عن اليمين قضيت عليه بالمال للوكيل) لأن نكوله كإقراره ولم يصدق على الطالب حتى إذا أنكر الطالب ونكل عن اليمين وحلف ذلك كان له أن يأخذ ماله من الغريم وذكر الخصاف - رحمه الله - هذا الفصل في كتابه وقال : لا يحلف المطلوب على الوكالة في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وفي قولهما يحلف على العلم وجه قولهما ظاهر وذلك لأنه ادعى عليه ما لو أقربه لزمه فإذا أنكر حلفه ولكنه استحلاف على فعل الغير فيكون على العلم

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول الاستحلاف يبنى على صحة الدعوى وما لم يثبت كونه نائبا على الآمر لا تصح دعواه على المطلوب فلا يكون له أن يحلفه وهذا نظير الاختلاف فيما إذا ادعى المشتري عيب الإباق في العبد للحال وجحده البائع أن عندهما يحلف البائع على العلم وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لأن الخصومة في العيب لا تكون إلا بعد ثبوته في الحال وبدون سبب الخصومة لا يستحلف

وإن أقر المطلوب بالوكالة وأنكر الدين فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - يستحلف المطلوب

وعندهما لا يستحلف لأن الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد تثبت الوكالة في حقه بإقراره

قال : (وإذا دفع لرجل ألف درهم وقال ادفعها إلى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبسها عنده كان القياس أن يدفع الألف التي احتبست عنده إلى الموكل ويكون متطوعا فيما أمره) لأن أمره بالدفع كان مقيدا بالمال المدفوع ففي دفع مال الآمر هو كأجنبي آخر فيكون متبرعا في القضاء بمال نفسه لدين الغير ويرد على المطلوب ماله لأنه ملكه دفعه إليه لمقصوده وقد استغنى عنه وجه الاستحسان أن مقصود الآمر أن يحصل البراءة لنفسه ولا فرق في هذا المقصود بين الألف المدفوعة إلى الوكيل وبين مثلها من مال الوكيل والتقييد إذا لم يكن مقيدا لا يعتبر ثم الوكيل قد يبتلى بهذا بأن يجد الطالب في موضع وليس معه مال المطلوب فيحتاج إلى أن يدفع مثله من مال نفسه ليرجع به في المدفوع إليه

وقد بينا أن هذا توكيل بالمبادلة من وجه وهذا القدر يصح من الوكيل بالمبادلة ولا يكون هو متبرعا فيما يدفع على ما سبق بيانه

قال : (وإذا دفع رجل إلى رجلين ألف درهم يدفعانها إلى رجل فدفعها أحدهما فهو ضامن للنصف في القياس) لأن كل واحد أمين في النصف مأمور بدفعه إلى الطالب فإذا دفع أحدهما الكل كان متعديا في نصيب صاحبه فيكون ضامنا

ولكنه استحسن فقال : لا ضمان عليه لأن دفع المال إلى الغير لا يحتاج فيه إلى الرأي فينفرد كل واحد من الوكيلين ولأن صاحب الحق إذا ظفر به كان له أن يأخذه من غير دفع أحدهما والذي دفع كأنه يعينه على حقه وصاحب الحق هو القابض في الحقيقة وهو قبض في الحقيقة الحق فلا يوجب الضمان على أحد فإن قال خذ أنت يا فلان هذا الألف فاقضها . فلانا أو أنت يا فلان فادفعها إلى فلان فأيهما قضى جاز لأنه رضي بدفع كل واحد منهما على الانفراد حين خيرهما ولو قال لرجل اقض عني هذه الألف درهم فلانا أو فلانا فأيهما قضى جاز لأنه رضي بدفعه إلى أيهما شاء

والحاصل أن الوكالة حكمها إباحة التصرف للوكيل وفي المباحات حرف أو يتناول كل واحد من المذكورين على سبيل التخيير بينهما كقول الرجل لغيره : كل هذا الطعام أو هذا والله أعلم بالصواب ." (١)

" (قال رحمه الله) (وإذا ادعى رجل على رجل مالا عند القاضي فأنكره وسأل المدعي أن يأخذ له كفيلا منه بنفسه وادعى أن له بينة حاضرة أخذ له منه كفيلا معروفا بنفسه ثلاثة أيام وفي القياس لا يأخذ

---

(١) المبسوط، ٥٤٦/٦

كفيلا لآخر بنفس الدعوى لا يجب شيء على الخصم) لكون الدعوى خبرا محتملا للصدق والكذب وفي الإجبار على إعطاء الكفيل إلزام شيء أباه وإنما تركنا القياس للتعامل من لدن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – إلى يومنا هذا فإن القضاة يأمرون بأخذ الكفيل من الخصوم من غير نكير منكر ولا زجر زاجر وفيه نظر للمدعي لأنه إذا أحضر شهوده فلا بد من حضور الخصم ليشهدوا عليه وربما يهرب أو يخفي شخصه فيعجز المدعي عن إثبات حقه عليه وفي أخذ الكفيل بنفسه ليحضره نظر للمدعي ولا ضرر فيه على المدعى عليه فهو نظير الاستحلاف والخصم يستحلف عند طلب المدعي بعد إنكاره وإن لم يتوجه له حق في تلك الدعوى ولكن فيه منفعة للمدعي من غير ضرر فيه على الخصم إذا كان محقا في إنكاره وكذلك الأشخاص إلى بابه يثبت بنفس الدعوى بما لها من النظر للمدعي فكذلك أخذ الكفيل وشرط أن يكون الكفيل معروفا لأن مقصود المدعي لا يحصل بالمجهول فقد يهرب ذلك المجهول مع الخصم والتعذير بثلاثة أيام ليس بلازم ولكن يأخذ كفيلا إلى المجلس الثاني وقد كان القاضي فيهم يجلس بنفسه كل ثلاثة أيام وإن كان يجلس في كل يوم فربما يعرض للمدعي عارض فيتعذر الحضور في المجلس أو المجلسين وإنما أخذ الكفيلين لنظر المدعي فيؤخذ الكفيل على وجه لا يؤدي إلى التعنت في حق المدعي

وإن قال : بينتي غيب لم يأخذ له منه كفيلا لأنه لا فائدة في أخذ الكفيل هنا فالغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب يؤوب

وإن أراد المدعي استحلاف الخصم يمكن منه في الحال فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل وكذلك إن أقام شاهدا واحدا لأن بالشاهد الواحد لا يثبت للمدعي شيء كما يثبت بنفس الدعوى

وإن قال لا بينة لي وأنا أريد أن أحلفه فخذ لي منه كفيلا لم يأخذ منه كفيلا ولكنه يستحلفه مكانه لأن حكم اليمين لا يختلف باختلاف الأوقات والقاضي مأمور بفصل الخصومة في أول أحوال الإمكان وذلك في أن يستحلفه للحال بكون المدعي طالبا لذلك فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل

وإن قال : بينتي حاضرة فخذ لي منه كفيلا فقال المطلوب له : ولي كفيل فإنه يأمر الطالب أن يلزمه إن أحب حتى يحضر شهوده لأن الملازمة فعل متعارف قد كان على عهد رسول الله – صلى الله عليه و سلم – على ما روي أن النبي – صلى الله عليه و سلم – مر على أبي بن كعب – رضي الله عنه – وهو يلازم غريما له . الحديث وليس تفسير الملازمة أن يقعده في موضع ويقعد إلى جنبه فإن ذلك حبس وليس له ذلك قبل أن يثبت دينه عليه

ولكن (تفسير الملازمة) : أن يدور معه حيثما دار فإذا دخل على أهله قعد من يلازمه على باب داره

وإن كان يخاف أن يهرب من جانب آخر فإما أن يقعد معه على باب داره حيث يراه أو يأذن له في أن يدخل معه ليلازمه إذ المقصود هو الأمن من هروبه والتمكن من إحضاره إذا أحضر شهوده ولا يحصل إلا بذلك

وإن أحب أن يستحلفه فعل لأن اليمين حق الدعوى قبل المدعى عليه وله فيه غرض صحيح وهو التوصل إلى حقه في أقرب الأوقات بنكوله وفيه اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه – رحمهما الله – وموضع بيانه شرح أدب القاضي للخصاف – رحمه الله – ولا ينبغي أن يسجنه لأن الحبس أقوى العقوبات في دعوى المال فلا يثبت بمجرد الدعوى قبل أن يثبت المال عليه

وإن قال الطالب خذ لي منه كفيلا بالعين التي ادعيتها في يده أخذ له كفيلا بها أيضا لأنه لا يتمكن من إقامة البينة إلا بإحضار العين وربما يخفيها الخصم ولا وجه لإخراجها من يده قبل إقامة المدعي حجته وكان أخذ الكفيل بها وأخذ الكفيل بنفسه سواء

وإن كان الكفيل بنفسه وبذلك الشيء واحدا جاز لأن المقصود حاصل وإن أراد الطالب كفيلا بنفسه ووكيلا في خصومته فإن القاضي يأمر المطلوب أن يعطيه ذلك ثلاثة أيام هكذا قال هنا لأن الخصم ربما لا يبالي بالكفيل بالنفس ويهرب فلا يتمكن المدعي من إثبات حقه بالبينة على الكفيل وفي الزيادات قال : (لا يجبر على إعطاء الوكيل في خصومته) هذا هو الأصح لأن المدعى عليه يقول : أنا أهدي إلى الخصومة من غيري خصوصا في هذه الحادثة وربما لا ينظر الوكيل ولا يشتغل بالدفع بما أشتغل به إذا حضرت ففي **الإجبار** على إعطاء الكفيل إضرار به والقاضي ينظر لأحد الخصمين على وجه لا يضر بالآخر

فإذا أراد الطالب أن يكون ضامنا لما قضى له عليه فإن القاضي لا يجبر المطلوب على ذلك لأن بعد إثبات الدين لا يجبر الخصم على إعطاء الكفيل به فقبل إثباته أولى وهذا بخلاف ما إذا كان المدعي عينا فإن هناك لا يتمكن من إثبات المدعي إلا بإحضار العين وهنا يتمكن من إثبات الدين عند إحضار الخصم وإنما الكفيل بالمال هنا للتوثق لجانب المطالبة ولم تتوجه له مطالبة بالمال قبل إثباته فكيف يجبر على إعطاء الكفيل به

وإن بعث القاضي مع الطالب رسولا يأخذ له كفيلا فكفل به الكفيل الطالب أو أحضره القاضي فكفل عنده ثم رده الكفيل إلى الطالب بريء لأن الكفالة كانت له وقد أوفاه حقه حين سلم نفس الخصم إليه وإن كانت الكفالة للقاضي أو لرسوله الذي كفل له به

وقال زفر – رحمه الله – يبرأ لأن الكفالة للطالب في الوجهين جميعا فإنها تنبني على دعواه ولكنا نقول المقصود لا يعتبر مع التصريح بخلافه وقد صرح الكفيل بالتزام النفس إلى القاضي أو إلى رسوله فلا يبرأ بدونه

وإن كفل له بنفسه إلى ثلاثة أيام فتغيب الطالب فالكفيل على كفالته حتى يدفع صاحبه إليه ويبرأ منه لأن التزام التسليم إليه لا يبرأ بمضي الوقت بدون الوفاء بما التزم

والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر مطلوبا كان أو طالبا والمستأمن والذمي والمرتد في جميع ذلك بمنزلة الحر المسلم لأن الكفالة بالنفس تنبني على الدعوى والدعوى صحيحة من هؤلاء وعليهم

وإن قدم رجل مكاتبه إلى القاضي وادعى مضي أجل الكتابة وقال بينتي حاضرة فخذ لي منه كفيلا بنفسه لم يأخذه لأنه عبده والمولى لا يستوجب على عبده حقا قويا يصح التزامه بالكفالة

(ألا ترى) أنه لو كفل عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة الذي عليه لم يجز ذلك وكذلك لا يأخذ كفيلا بنفسه في دعوى ذلك قبله

(ألا ترى) أن المكاتب يتمكن من أن يعجز نفسه فلا يطالب بشيء من ذلك وكذلك لو ادعى على عبد له تاجر دعوى وعليه دين أو لا دين عليه فإن المولى لا يستوجب على عبده دينا ولو ادعى المكاتب قبل مولاه دينا . فإنه يؤخذ للمكاتب كفيل بنفس المولى لأنه يستوجب قبل مولاه من الحق ما يستوجبه قبل غيره

(ألا ترى) أنه لو كفل كفيل بالدين الذي له على مولاه جاز فكذلك يؤخذ له الكفيل بنفسه وكذلك العبد التاجر يدعي قبل مولاه دينا وعلى العبد دين لأن كسبه حق غرمائه فهو يستوجب قبل مولاه . حق غرمائه

وإن لم يكن على العبد دين لم يؤخذ له من مولاه كفيل لأن كسبه خالص حق المولى ولا حق له قبل مولاه إذا لم يكن عليه دين

وإن ادعى رجل دعوى والمدعى عليه محبوس في حق رجل فأراد الطالب أن يخرجه من السجن حتى يخاصمه فقال الذي حبسه : خذ لي منه كفيلا بنفسه فيما لي عليه فإنه يخرجه له ويخاصمه وهو

معه حتى يرده إلى محبسه ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه لأنه في يده وهو محبوس معناه إنما يخرجه مع أمينه وهو في السجن محبوس في يد أمينه فكذلك إذا أخرجه ولا غرض للطالب هنا في المطالبة بالكفيل سوى التعنت فلا يحبسه القاضي إلى ذلك

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - في الكفالة بالنفس : لا يجعل لها أجلا إنما ذلك على قدر خلوصه إلى القاضي حتى إذا كان يمكنه من التقدم إلى القاضي في أكثر من ثلاثة أيام جاز ذلك على أكثر من ثلاثة أيام وهذا عندهم جميعا لأن المعتبر توفير النظر على المدعي

وإذا كانت الدعوى في شيء بعينه فخفت أن يغيبها المطلوب وكانت غير معينة وضعتها على يدي عدل ولم أجعل لذلك وقتا وجعلته بمنزلة الكفالة لأن في التعديل هنا معنى النظر للمدعي وليس فيه كثير ضرر على المدعي وقد بينا أنه يأخذ كفيلا بتلك العين ولكن المقصود ربما لا يتم بأخذ الكفيل بأن يغيبها الخصم ولم يعرف الشهود أوصافها فلا يتمكنون من أداء الشهادة

فإن كان ذلك مما يعرفه الشهود أو مما لا يمكن تعيينه أصلا لم يصفه على يدي عدل لأن النظر يتم بأخذ الكفيل بمحضر من ذلك الشيء وأما العقار فليس فيه كفالة ولا يوضع على يدي عدل حتى يقيم البينة لأن تعيينه غير ممكن ولا حاجة إلى إحضارها لإقامة البينة وإنما إقامة البينة بذكر الحدود فإن قامت بينة وكانت أرضا فيها نخيل تمر فلا بد من أن يوضع هذا على يدي عدل إذا خيف على المطلوب استهلاكه لأنه لما أقام البينة فقد ثبت حقه من حيث الظاهر

(ألا ترى) أنه لو قضى القاضي له قبل أن تظهر عدالة الشهود بعد قضائه فمن تمام النظر له أن يوضع على يدي عدل لكيلا يتمكن المطلوب من استهلاكه ويؤخذ الكفيل في دعوى الدين وفي العتق والطلاق وجميع أجناس حقوق العباد مما لا يندرئ بالشبهات

وإذا ادعى المدعي ألف درهم وقال : سله أيقر بمالي أو ينكره فإنه ينبغي للقاضي أن يسأله عن ذلك ليعلم المدعي أنه بماذا يعامله الناس

فإن أنكر قال للمدعي أحضر بينتك وإن لم يقر ولم ينكر قال للمدعي أحضر البينة لأن الساكت بمنزلة المنكر وإن لم يكن للمدعي بينة وطلب يمينه فإن كان أنكر استحلفه القاضي له

وإن لم يقر ولم ينكر فقد روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن القاضي لا يستحلفه ولكن يحبسه ليتجنب خصمه لأن الاستحلاف لترجح جانب الصدق في إنكار المدعى عليه فلا معنى للاشتغال به قبل إنكاره

وعن أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – أن القاضي يستحلفه لأن سكوته قائم مقام الإنكار شرعا حتى يقبل عليه البينة بعد سكوته فكذلك يعرض اليمين على الساكت حتى يقضي عليه بالنكول لحق المدعي

ولا ينبغي للقاضي أن يحبسه حتى يقر أو ينكر ولا يجبره على ذلك لأنه ما ثبت عليه شيء بمجرد سكوته فلا يعاقبه بالحبس والمقصود حاصل من غير أن يجبره على الإنكار لأن سكوته قائم مقام إنكاره فإن المنكر ممتنع والساكت كذلك

وإن قال المطلوب للقاضي سل الطالب من أي وجه يدعي علي هذا المال سأله من غير أن يجبره على ذلك

فإن أبى أن يبين وجهه سأله البينة لأنه بدعوى المال قد تم ما كان محتاجا إليه من جانبه وربما يضره بيان الجهة وليس للقاضي أن يجبر أحدا على ما يضره ولا أن يحبسه إذا امتنع من ذلك ولكن يسأله البينة فإن لم تكن له بينة استحلف المطلوب بالله ماله قبله هذا الحق ولا شيء منه فإن حلف دعا المدعي ما على شهوده

وفي هذا بيان ما أن للمدعي أن يستحلف الخصم وإن كان شهوده حضورا وهو قولهما

فأما عند أبي حنيفة – رحمه الله – فلا يستحلفه إذا زعم المدعي أن شهوده حضور وهكذا ذكره في النوادر لأن مقصود المدعي من ذلك هتك ستر المدعى عليه وافتضاحه

وإذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال أحدهما هي بيض وقال الآخر سود وللبيض صرف على السود فإن ادعى الطالب البيض أو ادعى المالين جميعا قضيت له بالسود لاتفاق الشاهدين على ذلك – لفظا ومعنى فإن البياض صفة زائدة لا يثبت بشهادة أحدهما وتبقى شهادتهما على أصل الألف فيقضي بالقدر المتيقن وهو الشهود

وإن ادعى المدعي السود بطلت شهادة الشاهد على البيض لأنه أكذبه في ذلك ولا يقضي له بالسود حتى يحضر شاهدا آخر عليها

وكذلك لو أشهد بكر حنطة فقال أحدهما : جيد والآخر رديء أو شهد أحدهما بكر حنطة والآخر بكر شعير لم يقض القاضي بشيء لأن لكل واحد من الجنسين شاهدا واحدا والمدعي إنما يدعي أحدهما فيكون مكذبا أحد شاهديه

ولو ادعى عليه مائة درهم فشهد له بها شاهد والآخر بمائتين لم تقبل الشهادة في قول أبي حنيفة – رحمه الله – وفي قولهما تقبل على مقدار المائة وهذا بناء على ما سبق أن عندهما الموافقة بين الشاهدين معنى يكفي لقبول الشهادة

وعند أبي حنيفة – رحمه الله – يعتبر اتفاقهما في اللفظ والمعنى جميعا ولو ادعى مائة وخمسين فشهد له أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين جازت شهادتهما على المائة لأنهما اتفقا عليها لفظا ومعنى وإنما تفرد أحدهما بزيادة الخمسين وهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر ولو ادعى خمسة عشر فشهد له شاهد بعشرة والآخر بخمسة عشر لا تقبل عند أبي حنيفة – رحمه الله – في شيء لأن هذا كله اسم واحد لقدر معلوم بدليل أنه خلا عن حرف العطف فهو كالمائة والمائتين

وعندهما تقبل الشهادة على الأقل في جميع ذلك وهو قول شريح – رحمه الله فإنه شهد عنده شاهدان أحدهما بتسعمائة والآخر بثمانمائة فقضى شريح – رحمه الله – بالأقل وروي نحو ذلك عن الحسن وإبراهيم – رحمهما الله

وقال أبو يوسف – رحمه الله – : سمعت ابن أبي ليلى – رحمه الله – يقول : شهادة أهل الأهواء جائزة

وقد بينا هذا في كتاب الشهادات أنه قول علمائنا – رحمهم الله – وبين المعنى فيه فقال : إنما الهوى شيء افتتن به رجل فأخطأ في ذلك فلا ينبغي أن نبطل به شهادته وإنما دخلوا في الهوى لشدة المبالغة في الدين فإنهم عظموا الذنوب حتى جعلوها كفرا فيؤمن عليهم شهادة الربا

(ألا ترى) أن أعظم الذنوب بعد الكفر القتل ثم دماء أصحاب رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ورضي عنهم – أعظم الدماء وقد قتل بعضهم بعضا فلو شهد بعضهم على بعض أما كان تجوز شهادتهم إلا الخطابية وهم صنف من الروافض فإنه بلغني أن بعضهم يصدق بعضا بما يدعي ويشهد له به إذا حلف عنده أنه محق فهذا متهم في شهادته فلا أقبل شهادته لهذا

وإذا ادعى رجل قبل رجل ألف درهم وقال خمسمائة منها من ثمن عبد قد قبضه وخمسمائة من ثمن متاع قبضه وجاء بشاهدين فشهد أحدهما على خمسمائة ثمن عبد وشهد الآخر على خمسمائة ثمن متاع قد قبضه فإنه يجوز من ذلك خمسمائة لأن البيع انتهى بتسليم المعقود عليه وإنما دعواه دعوى الدين فهو كما لو ادعى ألفا وشهد له الشاهدان بخمسمائة

ولو شهد شاهدان أن لرجل على رجل ألف درهم وشهد أحدهما أنه قبض منها خمسمائة وأنكر الطالب قبضها فشهادتهما بألف جائزة لأنهما اتفقا على وجوبها وإنما تفرد أحدهما بالشهادة بشيء آخر وهو أنه قضاه خمسمائة

ولو قضاه جميع المال لم يبطل به أصل الشهادة فهذا مثله وعن زفر – رحمه الله – أن هذه الشهادة لا تقبل لأن المدعي مكذب أحد شاهديه

ولكنا نقول : هو غير مكذب له فيما شهد له به وإنما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يضره فكل أحد يصدق الشاهد فيما شهد له به ويكذبه فيما شهد عليه أرأيت لو شهد أحدهما أنه أجره سنة أكنت تبطل شهادته على أصل المال بذلك

ولو شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال الطالب : إنما لي عليك خمسمائة وقد كانت ألفا فقبضت منها خمسمائة ووصل الكلام أو لم يصل فإن شهادتهما جائزة بخمسمائة لأنه لم يكذبهما بل وفق بين دعواه وشهادتهما . بتوفيق محتمل فقد يستوفي المدعي بعض حقه ولا يعرف الشاهد بذلك

(ولو قال لم يكن لي عليك قط إلا خمسمائة أبطلت شهادتهما) لأنه قد أكذبهما فيما يشهدان له من الزيادة ولو شهدا على رجل لرجل بألف درهم من ثمن جارية قد قبضها المشتري فقال البائع : قد أشهدهم المشتري بهذه الشهادة والدين باق عليه من ثمن الدين متاع أجزت شهادتهما لما بينا أن المبيع إذا كان مقبوضا فالعقد فيه منتهى وإنما دعواه دعوى الدين وقد صدق الشهود في ذلك

(ولو قال : لم يشهدهما بهذا ولكن أشهدهما أنه من ثمن متاع أبطلت شهادتهما) لأنه أكذبهما فيما شهدا له به وأقر عليهما بالغفلة والنسيان ولو شهد أنه كفل له بألف درهم عن فلان كان له أن يأخذه بالمال لأنه ما أكذبهما في الشهادة ويجعل ما ثبت بشهادتهما كالثابت بإقرار الخصم

(ولو قال لم يقر بهذا وإنما أقر أنها كانت عن فلان بطلت شهادتهما) لأنه قد أكذبهما ولو أنكر المطلوب أن يكون للطالب عليه شيء فشهد له شاهدان بألف درهم فجاء المطلوب بشاهدين يشهدان بالبراءة منها والدفع إليه أجزت ذلك لأنه لا منافاة بين إنكاره للمال في الحال وبين ما ادعى من الإبراء والإيفاء

وكذلك لو قال لم يكن له علي شيء قط ثم أقام البينة على الإبراء والإيفاء

وكان ابن أبي ليلى – رحمه الله – يقول : هنا لا تقبل بينته لكونه مناقضا في دعواه

ولكنا نقول : هو غير مناقض لأنه يقول ما كان له علي شيء قط ولكن افتديت نفسي من المال الذي ادعاه علي أو سألته أن يبرئني ففعل ذلك والبينة حجة فلا يجوز إبطالها مع العمل بها

ولو كان قال لم أدفع إليه شيئا أو لم أقبضه شيئا أو لم أعرفه أو لم أكلمه أو لم أخالطه لم أقبل منه البينة بعد ذلك على دفع المال لأن ما تقدم من كلامه إكذاب منه لشهوده وشهادة الشاهدين على البراءة في دين أو كفالة وقد اختلفا في الوقت أو المكان جائزة لأن البراءة جائزة بإقرار من الطالب فلا يضرهم الاختلاف في المكان أو الزمان

ولو كانوا كفلاء ثلاثة بعضهم كفيل عن بعض فشهد اثنان على واحد أنه دفع المال الذي عليهم لم تجز شهادتهما لأنهما ينفعان أنفسهما بذلك وهو إسقاط مطالبة الطالب عنهما ولم يرجع عليهما المشهود له بشيء لأنهما لم يبرآ من شيء من حق الطالب وإنما يرجع الكفيل على الأصيل إذا استفاد الكفيل البراءة من حق الطالب فإذا لم يوجد ذلك لم يرجع عليهما بشيء والله أعلم ." (١)

" (قال رحمه الله) (ولا يجوز الكفالة بشجة عمد فيها قصاص ولا بدم عمد فيه قصاص حتى لا يؤاخذ الكفيل بشيء من القصاص ولا من الأرش) لأن الكفالة إنما تصح بمضمون تجري النيابة في إيفائه والقصاص عقوبة لا تجري النيابة في إيفائها فلا يصح التزامها بالكفالة والأرش لم يكن واجبا على الأصيل بالفعل الذي هو موجب للقصاص والكفيل لم يكفل به أيضا

وكذلك الكفالة بحد القذف باطلة لأنه عقوبة لا تجري النيابة في إيفائها ولأن المغلب فيه حق الله تعالى فيكون على قياس سائر الحدود

وكذلك لا تجوز الكفالة بشيء من الأمانات لأنها غير مضمونة على الأصيل ولا هو مطالب بإيفائها من عنده وإنما يلتزم الكفيل المطالبة بما هو مضمون الإيفاء على الأصيل فإذا استهلكها بعد ذلك من هي في يده أو خالف فيها لم يلزم الكفيل ضمانها لأن أصل الكفالة لم يصح والضمان إنما لزم الأصيل بسبب حادث بعد الكفالة وهو ما أضاف الكفالة إلى ذلك السبب

وكذلك في القصاص لو صالح الطالب المطلوب على مال لم يلزم الكفيل من ذلك المال شيء لأنه وجب بعقد بعد الكفالة والكفالة ما أضيفت إليه وكما لا تصح الكفالة بهذه الأشياء فكذلك الرهن لأن جواز الرهن يختص بما يمكن استيفاؤه من الرهن فإن موجبه ثبوت يد الاستيفاء

---

(١) المبسوط، ٣١/٧

وكذلك إن كان الغريمان مقرين بالمال لأن حق الطالب عليهما ثابت بإقرارهما فشهادة ابني الطالب على هذا لا تكون لأبيهما وإنما تكون لأحدهما على الآخر ولو شهد ابنا أحدهما أن الأصل على أبيه والآخر كفيل عن أبيه جاز لأنهما يشهدان على أبيهما

وكذلك إن كان الغريمان مقرين بالمال لأن حق الطالب عليهما ثابت بإقرارهما فشهادة ابني الطالب على هذا لا تكون لأبيهما وإنما تكون لأحدهما على الآخر ولو شهد ابنا أحدهما أن الأصل على أبيه والآخر كفيل عن أبيه جاز لأنهما يشهدان على أبيهما

ولو شهدا أن الأصل على الآخر وأن أباهما كفيل به عنه لم تجز شهادتهما لأنهما يدفعان بهذه الشهادة عن أبيهما مغرما ويجران إليه المنفعة فكانا متهمين فيه والله تعالى أعلم بالصواب

وكذلك إن كان الغريمان مقرين بالمال لأن حق الطالب عليهما ثابت بإقرارهما فشهادة ابني الطالب على هذا لا تكون لأبيهما وإنما تكون لأحدهما على الآخر ولو شهد ابنا أحدهما أن الأصل على أبيه والآخر كفيل عن أبيه جاز لأنهما يشهدان على أبيهما

وكذلك الكفالة بالرهن عن المرتهن الرهن باطل لأن عين الرهن أمانة في يد المرتهن والكفالة بتسليم الأمانة لا تصح كالوديعة والعارية والمضاربة وكذلك الكفالة للمولى مملوكة وهو في بيت مولاه أو قد أبق عنه باطلة لأنه غير مضمون للمولى على العبد فإن المولى لا يستوجب على عبده حقا مضمونا وهذه الكفالة دون الكفالة ببدل الكتابة للمولى عن مكاتبه وذلك باطل فهذا أولى ولو دفع ثوبا إلى قصار ليقصره وضمنه رجل فضمانه باطل في قول أبي حنيفة – رحمه الله – وكذلك من يشبهه من الصناع لأن العين عنده أمانة في يد الأجير المشترك ولهذا لو هلك من غير صنعه لم يضمن

وأما في قول من يضمن الأجير المشترك ما هلك عنده بسبب يمكن التحرز عنه وهو قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – فالكفيل ضامن لأن العين عندهما مضمونة في يد القابض بنفسها وهو بمنزلة المغصوب في يد الغاصب فتصح الكفالة به

ولو كفل بعبد رجل إن هو أبق من مولاه فهو باطل لأنه ما أضاف الكفالة إلى سبب وجوب الضمان فالإباق ليس بسبب يوجب ضمانا للمولى على عبده

وكذلك لو كفل بدابته إن انفلتت منه أو بشيء من ماله إن تلف لأن الكفيل يلتزم مطالبة هي على الأصيل وذلك ينعدم هنا

ولو استودع رجلا وديعة على أن هذا كفيل بها إن أكلها أو جحدها فهو جائز على ما شرط لأنه أضاف الكفالة إلى سبب وجوب الضمان والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز

وكذلك لو قال : أنا كفيل بما صالحته عليه من مال من القصاص الذي تملك عليه في نفس أو من مال لك عليه لأنه أضاف الكفالة بالمال إلى سبب توجه المطالبة بها

وكذلك لو قال إن قتلك فلان خطأ فأنا ضامن لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن أرشه لأنه أضاف الكفالة بالأرش إلى سبب موجب له وهو مما تجري النيابة في إيفائه ولو قال : إن أكلك سبع أو ذئب فأنا ضامن لديتك فهذا باطل لأنه ما أضاف الضمان إلى سبب موجب له ولو قال : إن غصبك إنسان فأنا ضامن له فغصبه إنسان شيئا فلا ضمان عليه لأنه عم معناه أن المكفول عنه مجهول جهالة متفاحشة وذلك يمنع انعقاد الكفالة مضافا كان أو مجردا ولو خص إنسانا أو قوما لزمه ذلك لأن المكفول عنه معلوم

ولو دفع ثوبا إلى قصار يقصره بأجرة وكفل به رجل إن أفسده كان جائزا لأن الأجير المشترك ضامن لما جنت يده فقد أضاف الكفالة إلى سبب موجب الضمان فصحت الكفالة لهذا

ولو ادعى قبل رجل قصاصا في نفس أو دونها أو حدا في قذف وسأل القاضي أن يأخذ له كفيلا بنفسه وقال : بينتي حاضرة لم يجبه القاضي إلى ذلك في قول أبي حنيفة – رحمه الله

وفي قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – يجيبه إلى ذلك لأن تسليم النفس مستحق على الأصيل الطالب في هذا الموضع فتصح الكفالة به كما في دعوى المال وهذا لأن تسليم النفس تجري فيه النيابة فالكفيل إنما يلتزم ما يقدر على إيفائه

وأبو حنيفة – رحمه الله – يقول : تسليم النفس هنا لمقصود لا تصح الكفالة به وهو الحد والقصاص فلا يجبر على إعطاء الكفيل بالنفس فيهما بخلاف المال وهذا لأن العقوبات تدرأ بالشبهات فلا ينبغي للقاضي أن يسلك فيها طريق الاحتياط **بالإجبار** على إعطاء الكفيل بالنفس لأن ذلك يرجع إلى الاستيثاق وهو ضد موضوع العقوبات ولكن السبيل أن يقول له ألزمه ما بينك وبين قيامي فإن أحضر البينة قبل أن يقوم القاضي وإلا خلي سبيله ولو أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي فإن أقام شاهدين أو واحدا عدلا يعرفه القاضي فإن القاضي يحبسه في السجن حتى يسأل الشهود لأنه صار متهما بارتكاب الحرام الموجب للعقوبة حين تم أحد شطري الشهادة والحبس مشروع في حق مثله

(ألا ترى) أن الداعر يحبس ولا يكفل حتى يأتي بشاهد آخر لأن الكفيل للاستيثاق بالحدود والقصاص وذلك غير مشروع فأما الحبس للتعزير فهو مشروع – في حق من هو متهم بارتكاب الحرام وعلى قولهما لا يحبسه قبل تمام الحجة الموجبة للقضاء ولكنه يكفله ثلاثة أيام كما في دعوى المال

ولو ادعى قبل رجل مالا بسرقة منه وقال بينتي حاضرة فإنه يؤخذ له منه كفيل بنفسه ثلاثة أيام لأن المدعي مال والاستيثاق بالكفالة فيه مشروع فإن قال قبضت منه السرقة لكني أريد أن أقيم عليه الحد لا يؤخذ منه كفيل لأن الحد يجب لله تعالى وهو ينبني على البرء والإسقاط فلا يستوثق بأخذ الكفيل بالنفس فيه وكذلك حد الزنا فإن الطلب المشهود عليه من الذي شهد عليه بالزنا حد القذف فقال الشاهد عندي بذلك أربعة شهداء أجل فيه إلى قيام القاضي ليظهر عجزه بهذا الإمهال عن إقامة أربعة من الشهداء فإن لم يحضرهم أقام عليه حد القذف لأن السبب الموجب للحد قد تقرر وهو القذف مع العجز عن إقامة أربعة من الشهداء ولم يحل عنه ولا يكفل لأن ذلك يرجع إلى الاستيثاق ولكن الطالب يلزمه إلى قيام القاضي مراعاة لحقه حتى لا يهرب

فإن قال الشاهدان المشهود عليه عبد فالقول قوله لأن ثبوت حريته بطريق الظاهر وبمثله يدفع الاستحقاق ولا يستحق الحد

وإن طلب المقذوف من القاضي أن يأخذ له منه كفيلا حتى يحضر البينة أنه حر لم يؤخذ لأن هذا استيثاق لإقامة الحد ولكن القاذف يحبس على وجه له فقد استوجب ذلك بإشاعة الفاحشة حرا كان المقذوف أو عبدا ويؤجل المقذوف أياما بمنزلة ما لو أقام رجل عليه البينة بالرق فزعم أن له بينة حاضرة على الحرية وكما يؤجل هناك أياما ليتمكن من إثبات حريته بالبينة فكذلك هنا

وإن أقام رب السرقة شاهدين على السارق وعلى السرقة وهي بعينها في يديه لم يؤخذ منه كفيل ولكنه يحبس وتوضع السرقة على يدي عدل حتى يزكي الشهود لأن في الاشتغال بأخذ الكفيل بنفسه أو بالعين المسروقة استيثاقا لإقامة الحدود ذلك غير مشروع ولكنه يحبس على وجه التعزير وتوضع السرقة على يدي عدل لأن السارق غير مأمون على العين المسروقة والمدعى عليه المال إذا كان يخاف منه أن يتلف المال فللقاضي أن يضعه على يدي عدل بعد إقامة البينة حتى يزكي الشهود وإخراج العين فيه نوع تعزير له

وإذا ادعى عبد على حر قذفا وأراد أن يعزر له أو ادعى رجل قبل رجل مسألة فيها تعزير وقال : بينتي حاضرة أخذ له منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام لأنه ليس بحد . وإنما هو تعزير وهو من حقوق العباد حتى يجوز العفو عنه وهو مما لا يندرئ بالشبهات التي هي في معنى البدل بمنزلة الأموال

ولو ادعت امرأة على زوجها أنه قذفها والزوج حر أو عبد لم يؤخذ منه كفيل في قول أبي حنيفة - رحمه الله - لأن اللعان في قذف الزوج زوجته بمنزلة الحد في قذف الأجنبي وقد بينا الخلاف هناك بين أبي حنيفة - وصاحبيه - رحمهم الله - فكذلك هنا

ولو ادعى الولد قبل الوالد قذفا لم يؤخذ منه كفيل ولم يترك أن يلزمه لأن الابن لا يستوجب على والده شيئا من نوع العقوبة تعزيرا كان أو حدا أو قصاصا

وكذلك لا يستوجب عليه الحبس في دين له واجب عليه وكذلك لا يستوجب الملازمة في دعواه قبله

وكذلك لو ادعاه قبل والدته أو جده أو جدته

وكذلك لو ادعى عبد أن مولاه قذف أمه وهي حرة مسلمة لأن حقوق الملك في إخراج المملوك من أن يكون أهلا لاستيجاب العقوبة على مالكه بمنزلة الولادة ولو ادعى حر قبل عبد قذفا فأراد أن يأخذ منه كفيلا بنفسه أو نفس مولاه وخاف أن لا يقام عليه الحد إلا بمحضر من مولاه لم يؤخذ له الكفيل من واحد منهما ولكنه يؤمر بتلازمهما إلى أن يقوم القاضي في قول أبي حنيفة - رحمه الله

ولو أقام البينة عليه بذلك بمحضر من مولاه فإن العبد يحبس له ويؤخذ له من مولاه كفيل في قول أبي حنيفة - رحمه الله

وفي قول أبي يوسف - رحمه الله - لا يحبس العبد ولكن يؤخذ له كفيل بنفس العبد خاصة دون نفس المولى

وفي قول محمد - رحمه الله - يؤخذ له الكفيل بنفس العبد ونفس مولاه والذي قال في الكتاب أن قول محمد - رحمه الله - مثل قول أبي حنيفة - رحمه الله - إنما يريد به أخذ الكفيل من المولى فأما حبس العبد فقوله كقول أبي يوسف - رحمه الله - وهو بناء على مسئلتين

إحداهما ما بينا من أخذ الكفيل بنفس المدعي قبله حد القذف

والأخرى ما تقدم بيانه في الآبق أن حد القذف بالبينة لا يقام على العبد إلا بمحضر من مولاه في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله

وفي قول أبي يوسف - رحمه الله - يقام عليه

وإن لم يحضر المولى فقال أبو يوسف – رحمه الله – لا يأخذ الكفيلين بنفس المولى لأنه لا حاجة إلى حضوره في إقامته الحد ويؤخذ الكفيل بنفس العبد ولا يحبس قبل إقامة البينة ولا بعدها قبل ظهور عدالة الشهود لأن هذا بمنزلة المال عنده في حكم الكفالة بالنفس

وقال محمد – رحمه الله – : كذلك إلا أنه قال يؤخذ الكفيل بنفس المولى لأنه لا بد من حضرة المولى لإقامة الحد على العبد عنده

وعند أبي حنيفة – رحمه الله – في دعوى حد القذف لا يجبر على إعطاء الكفيل بالنفس . قبل إقامة البينة ولكن يصار فيه إلى الملازمة ولا بد من حضرة المولى عنده لإقامة البينة فيكون للمدعي أن يلازمهما وبعد إقامة البينة يحبس العبد تعزيرا كما يحبس الحر إذا قامت البينة عليه بالقذف ويؤخذ من مولاه كفيل لأنه لا بد من حضرة المولى لإقامة الحد ولا سبيل إلى حبسه لأنه ما ارتكب حراما فيؤخذ منه كفيل نظرا للمدعي لأنه ليس في أخذ الكفيل من المولى هنا توثق بحد عليه إذ لا حد على المولى

ولو ادعى رجل على رجل حدا في قذف فأقام شاهدين على شهادة شاهدين أو شاهدا وامرأتين لم يكفل ولم يحبس وكذلك هذا في القصاص لأنه لا مدخل لهذا النوع من الحجة في حد أو قصاص ولو كان هذا في سرقة أخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود لأن المال يثبت بهذه الحجة فإن زكوا قضى عليه بالمال وكذلك كل جراحة لا قصاص فيها لا في دعوى المال وبمثل هذه الشهادة يثبت المال

فإذا ادعى رجل دم عمد على ثلاثة نفر فأقر اثنان منهم بذلك وشهدا على الثالث أنه قتل معهما عمدا فإنهما يحبسان فإقرارهما على أنفسهما بمباشرة السبب الموجب للعقوبة ولا يحبس الآخر بشهادتهما ولا يكفل لأن شهادتهما ليست بمقبولة على الثالث فإنهما فاسقان ولأنهما يشهدان بفعل كان مشتركا بينه وبينهما ولا شهادة لهما في مثله فإنما يبقى في حق الثالث مجرد دعوى المدعي وبه لا يثبت الحبس ولا التكفيل

ولو كان أولياء الدم ثلاثة فادعى أحدهم على رجل وادعى الآخر على الشريك قتل العمد وكل واحد منهما يدعي بينة حاضرة لم يحبس أحد منهم ولكن يؤخذ من كل واحد منهم كفيل ثلاثة أيام لأنه لا قصاص في هذه الدعوى وإنما إنهاء المال بشيء واحد منهما على من بينته عليه في دعوى المال يكفل بالنفس ثلاثة أيام

ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ثم أبرأه وادعاه على آخر لم يكفل الثاني ولا تقبل بينة عليه لوجود التناقض منه في الدعوى فإن أقر الثاني بذلك قضى عليه لأنه مناقض صدق خصمه في ذلك إلا أنه

لا يقضي عليه بالقصاص لأن ما تقدم من الدعوى منه على غيره يمنعه من استيفاء القصاص منه فيصير ذلك شبهة في حق القصاص دون المال وهذا مشكل

فإن تعذر استيفاء القصاص لمعنى من جهة من له الحق وهو تناقضه في الدعوى وفي مثله لا يقضي بالدية كما لو قال : قتلت وليك عمدا فقال لا بل قتلته خطأ لا يقضي بالمال

وكل ما لا قصاص فيه فهو بمنزلة الخطأ في حكم الكفالة حتى إذا ادعى على رجلين قطع يد عمدا أخذ له منهما الكفيل بالنفس لأن هذا غير موجب للقصاص وإنما الدعوى فيه دعوى المال

ولو أقام شاهدين عدلين على قتل خطأ قضى له بالدية ولا حبس على القاتل في ذلك ولا كفالة لأن الخاطئ معذور والخطأ موضع رحمة من الشرع علينا فالخاطئ لا يستوجب التعزير إلا أن يكون داعرا فيحبس للدعارة لأن في حبس الداعر تسكين الفتنة

ولو أن رجلا قطع يميني رجلين فاجتمعا وطلبا كفيلا بنفسه لا يؤخذ لهما منه كفيل بنفسه من قبل أن كل واحد منهما يدعي القصاص

(ألا ترى) أن أحدهما إذا أقام البينة قضى له بالقصاص وإذا أقاما جميعا البينة قضى لهما بالقصاص حتى إذا بادر أحدهما واستوفى كان مستوفيا لحقه إلا أنهما إذا استوفيا القصاص يقضي لهما حينئذ بأرش اليد وقضى بنصف طرفه حقا مستحقا عليه لكل واحد منهما

وإذا ثبت أن دعوى كل واحد منهما دعوى القصاص لم يؤخذ الكفيل بنفسه في قول أبي حنيفة – رحمه الله

ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ويد القاطع شلاء فقال المدعي أنا أختار الدية فخذ لي منه كفيلا بنفسه أخذ له الكفيل لأن باختياره يتعين حقه في المال وفي دعوى المال تجري الكفالة بالنفس

وإذا ادعى رجل قبل رجل شتمة فاحشة وأقام عليه شاهدين بالشتمة لم يحبس المدعى عليه ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود ولما بينا أن دعوى التعزير كدعوى المال وفي دعوى المال لا يحبس ما لم تظهر عدالة الشهود ثم الحبس نهاية العقوبة في هذه الدعوى

(ألا ترى) أن بعد عدالة الشهود لو رأى القاضي أن يحبسه أياما عقوبة ولا يعزر بالسوط كان له ذلك فلما كان الحبس له نهاية العقوبة هنا لا يمكن إقامتها قبل ظهور العدالة بخلاف القصاص والحدود وأشار في الحدود والقصاص إلى أن على قولهما بعد إقامة البينة قبل ظهور عدالة الشهود يحبس ولا يؤخذ الكفيل ولكن يبرأ الكفيل إن كان أخذه منه

(تأويله) بعد ظهور العدالة فأما قبل ذلك فلا يشتغل بحبسه عندهما على ما فسره في دعوى الحد على العبد

وإن كان المدعى عليه الشتمة رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا أعزه إذا كان ذلك أول مرة لأن إحضاره مجلس القاضي فيه نوع تعزير في حقه فيكتفي به في أول مرة ويؤخذ بما رواه الحسن - رحمه الله - عن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - (تجافوا عن ذوي المروءة إلا في الحد) وإذا ادعى رجل قبل رجل شيئا يجب عليه فيه عقوبة فأخذ منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام فهرب المكفول به وقدم الطالب الكفيل إلى القاضي فإنه يحبسه حتى يجيء به لأنه التزم تسليم نفسه فيحبس لإيفاء ما التزمه ولو ادعى قبل رجل أنه ضربه وخنقه وشتمه وأن له بينة حاضرة أخذت له منه كفيلا ثلاثة أيام فإن أقام على ذلك شاهدين أو شاهدا وامرأتين أو شاهدين على شهادة شاهدين عزر به لأن التعزير بمنزلة المال يثبت مع الشبهات وقد بينا في كتاب الحدود أنه لا يبلغ بالتعزير أربعين سوطا في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وفي قول أبي يوسف - رحمه الله - يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا إذا كان في أمر متفاحش وتعزير العبد في مثل ذلك تسعة وثلاثون سوطا عنده ذكر هذه الزيادة هنا لأن الأربعين حد في حق العبد وقد قال صلى الله عليه و سلم : (من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين)

ولو ادعت امرأة قبل زوجها أنه ضربها ضربا فاحشا وادعت بينة حاضرة أو ادعى رجل ذلك قبل ولده الكبير . أو قبل أخيه يؤخذ منه كفيل ثلاثة أيام وكذلك الذمي يدعي الشتمة قبل المسلم أو الذمي أو العبد يدعيها قبل الحر لأن الدعوى في هذا كله دعوى التعزير والكفالة فيه مشروعة

وإذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا فكفل ابنه أجنبي للغريم بما له على الميت لم تجز الكفالة في قول أبي حنيفة - رحمه الله

وهي جائزة في قول أبي يوسف ومحمد والشافعي - رحمهم الله

وإذا كان الميت ترك وفاء جازت الكفالة عندهم جميعا

وإن ترك شيئا ليس فيه وفاء فإنه يلزم الكفيل بقدر ما ترك الميت في قوله وفي قولهما يلزمه جميع ما كفل به وحجتهم في ذلك ما روي أن النبي - صلى الله عليه و سلم - (أتي بجنازة رجل من الأنصار ليصلي عليه فقال صلى الله عليه و سلم هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم درهمان أو ديناران فقال صلوات الله عليه وسلامه : صلوا على صاحبكم) فقال أبو قتادة هما علي يا رسول الله وفي رواية قال :

ذلك علي – كرم الله وجهه – فصلى عليه رسول الله – صلى الله عليه و سلم –) فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بعد الكفالة

وعن عبدالحميد بن أبي أمية عن رجل من الأنصار أنه قال لأصحابه : من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل فإني شهدت رسول الله – صلى الله عليه و سلم – (وقد أتى بجنازة رجل من الأنصار فقال صلى الله عليه و سلم هل على صاحبكم دين : فقالوا : نعم فقال صلوات الله عليه وسلامه : وما ينفعكم صلاتي عليه وهو في قبره مرتهن بدينه ثم قال صلى الله عليه و سلم فمن ضمنه قمت فصليت عليه) . فهذا تنصيص على تصحيح الضمان عن الميت المفلس والمعنى فيه أنه كفل بدين واجب فيصح كما في حال حياة المديون وهذا لأن الدين كان واجبا عليه في حال حياته فلا يسقط إلا بإيفاء أو إبراء أو انفساخ سبب الوجوب وبالموت لا يتحقق شيء من ذلك

(ألا ترى) أنه مؤاخذ به في الآخرة مطلوب به ولو تبرع إنسان بقضائه جاز التبرع إلا أنه تعذرت مطالبته به في الدنيا بموته وبهذا لا يخرج الحق من أن يكون مطلوبا في نفسه كما لو أفلس في حال الحياة وكالعبد إذا أقر على نفسه بدين ثم كفل عنه كفيل به صح وإن كان هو لا يطالبه في حال رقه لأن الحق مطلوب في نفسه وهذا لأن ذمته باقية بعد الموت حكما لأنها كرامة اختص بها الآدمي وبموته لا يخرج من أن يكون محترما مستحقا لكرامات بني آدم

(ألا ترى) أنه لو مات مليا بقي الدين ببقاء ذمته حكما لا للانتقال إلى المال وليس بمحل لوجوب الدين فيه وإنما هو محل القضاء الواجب منه ولو كان بالدين رهن بقي الرهن على حاله وإن كان مات عن إفلاس بأن كان الرهن مستعارا من إنسان وبقاء الرهن لا يكون إلا باعتبار بقاء الدين

ولو قتل عمدا وهو مفلس فكفل به كفيل بالدين الذي عليه صح والقصاص الواجب ليس بمال ولو لم تكن الذمة باقية حكما لما صحت الكفالة هنا وهذا بخلاف دين الكتابة فالحق هناك غير مطلوب وكذلك الديون الواجبة لله تعالى فإنها غير مطلوبة في الحكم في الدنيا والكفالة تكون بالحق فيشترط كون الحق مطلوبا في نفسه على الإطلاق وهناك الحق مطلوب في نفسه وبموته لم يتغير الحكم فبقي مطلوبا وجه قول أبي حنيفة – رحمه الله – : أن الحق قد توى وإنما تصح الكفالة بالقائم مثلا من الدين دون التاوي وبيان ذلك هو أنه لا يتصور قيام الحق بدون محله ومحل الدين الذمة وقد خرجت ذمته بموته من أن يكون محلا صالحا لوجوب الحق فيها فإن الذمة عبارة عن العهدة ومنه يقال : أهل الذمة وأصل ذلك من الميثاق المأخوذ على الذرية المأخوذة من ظهر آدم – صلوات الله عليه – قال تعالى : ﴿ وإذا أخذ

ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم ﴾ (الأعراف : ١٧٢) الآية وتمامه بالإلزام المذكور في قوله تعالى : ﴿ وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه ﴾ (الإسراء) ١٣) وذلك باعتبار صفة الحياة قبله فأما بالموت فخرج من أن يكون أهلا لالتزام شيء من الحقوق في أحكام الدنيا فعرفنا أنه لم يبق له ذمة صالحة تكون محلا للحق ولكنه في أحكام الآخرة معد للحياة فتبقى الذمة في أحكام الآخرة ولهذا كان مؤاخذا به وهو معد للحياة في الدنيا عادة فلا تبقى الذمة في أحكام الدنيا وباعتبار المطالبة في أحكام الآخرة لا يمكن تصحيح الكفالة كما في ديون الله جلت قدرته

وكذلك لو قال : أنا كفيل بما صالحته عليه من مال من القصاص الذي تملك عليه في نفس أو من مال لك عليه لأنه أضاف الكفالة بالمال إلى سبب توجه المطالبة بها

وكذلك لو قال : أنا كفيل بما صالحته عليه من مال من القصاص الذي تملك عليه في نفس أو من مال لك عليه لأنه أضاف الكفالة بالمال إلى سبب توجه المطالبة بها

وكذلك لو قال إن قتلك فلان خطأ فأنا ضامن لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن أرشه لأنه أضاف الكفالة بالأرش إلى سبب موجب له وهو مما تجري النيابة في إيفائه ولو قال : إن أكلك سبع أو ذئب فأنا ضامن لديتك فهذا باطل لأنه ما أضاف الضمان إلى سبب موجب له ولو قال : إن غصبك إنسان فأنا ضامن له فغصبه إنسان شيئا فلا ضمان عليه لأنه عم معناه أن المكفول عنه مجهول جهالة متفاحشة وذلك يمنع انعقاد الكفالة مضافا كان أو مجردا ولو خص إنسانا أو قوما لزمه ذلك لأن المكفول عنه معلوم

وكذلك لو قال : أنا كفيل بما صالحته عليه من مال من القصاص الذي تملك عليه في نفس أو من مال لك عليه لأنه أضاف الكفالة بالمال إلى سبب توجه المطالبة بها

والدليل عليه : أن الذمة لم تبق محلا لوجوب الحق فيها بعد الموت وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام فكذلك يشترط المحل لبقاء الحق ولم يبق المحل فلا يبقى في أحكام الدنيا أيضا والكفيل إنما يلتزم المطالبة بما على الأصيل ولا يلتزم أصل الدين في ذمته ولم يبق في ذمة الأصيل شيء في أحكام الدنيا فلا تصح الكفالة وهذا الدين في حكم المطالبة دون دين الكتابة فالمكاتب يطالب بالمال وإن كان لا يحبس فيه ثم هناك الكفالة به لا تصح فهنا أولى بخلاف المفلس في حال الحياة فإن ذمته محل صالح لوجوب الحق فيها ابتداء فبقي الواجب وبخلاف العبد أيضا فإن له ذمة صالحة لوجوب الحق فيها وإن ضعفت ذمته بسبب الرق وبخلاف ما إذا مات مليا فالمال هناك خلف عن الذمة فيما هو المقصود وهو المطالبة والاستيفاء لأن الاستيفاء يكون من المال بجعل الأصل قائما حكما وهنا لم يبق حلف بعد موته

مفلسا وتوهم أن يتبرع إنسان بماله فيقضي عنه الدين لا يجعل مال الغير خلفا عن ذمته قبل جعل صاحبه وبخلاف ما إذا كان بالدين كفيل لأن ذمة الكفيل هنا خلف عن ذمته وبعد صحة الكفالة قد يتحول الدين إلى ذمة الكفيل عند الضرورة وهو عند أداء الكفيل أو الهبة وقد تحققت الضرورة هنا فلهذا بقي الكفيل في الكفالة وكذلك الرهن خلف عن الذمة فيما هو المقصود وهو استيفاء الدين منه بقدر استيفائه من محل آخر

وإذا قتل عمدا فقد قال بعض أصحابنا – رحمهم الله – لا تصح الكفالة عند أبي حنيفة – رحمه الله – وبعد التسليم يقول القصاص الواجب بفرض أن يصير مالا بعفو بعض الشركاء أو تمكن الشبهة فتوهم توجه المطالبة في الدنيا بقضاء ذلك الدين يجعل الذمة باقية حكما فتصح الكفالة لهذا المعنى

والحديث المروي في الباب يحتمل أن يكون ذلك من أبي قتادة أو علي – رضي الله عنهما – إقرارا بكفالة سابقة فإن لفظ الإقرار والإنشاء في الكفالة سواء والعموم بحكاية الحال لا يثبت ويحتمل أن يكون وعدا منهما لا كفالة وقد كان رسول الله – صلى الله عليه و سلم – يمتنع من الصلاة على الميت ليظهر طريق لقضاء ما عليه فلما ظهر الطريق لوعدهما صلى عليه لهذا

(ألا ترى) أنه ما روي (أنه كان يقول لعلي – رضي الله عنه – بعد ذلك ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما) فقال صلى الله عليه و سلم : (الآن بردت عليه جلدته) ولم يجبره على الأداء وبه يتبين أنه كان وعدا لا كفالة والحديث الآخر شاذ ويحتمل أن النبي – صلى الله عليه و سلم – عرف أن لذلك الرجل مالا ولكنه ما كان ظاهرا عند الناس فلهذا ندبهم إلى الضمان عنه ليصلي عليه ثم هذا حكم منسوخ لاجماعنا على جواز الصلاة على المديون المفلس والاستدلال بالمنسوخ لا يقوى والله أعلم بالصواب ." (١)

" قال الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله إملاء : اعلم بأن الشرب هو النصيب من الماء للأراضي كانت أو لغيرها قال الله تعالى : ﴿ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ وقال تعالى : ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر وقسمة الماء بين الشركاء جائزة بعث رسول الله صلى الله عليه و سلم والناس يفعلون ذلك فأقرهم عليه والناس تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه و سلم إلى يومنا هذا من غير نكير منكر وهو قسمة تجري باعتبار الحق دون الملك إذ الماء في النهر غير مملوك لأحد والقسمة تجري تارة باعتبار الملك كقسمة الميراث

---

(١) المبسوط، ٤٧/٧

والمشتري وتارة باعتبار الحق كقسمة الغنيمة بين الغانمين ثم بدأ الكتاب بحديث رواه عن الحسن البصري رحمه الله أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : (من حفر بئرا فله ما حوله أربعين ذراعا عطنا لما شقه) والمراد الحفر في الموات من الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله بإذن الإمام وعندهما لا يشترط إذن الإمام على ما نبينه وظاهر الحديث يشهد لهما لأن النبي صلى الله عليه و سلم ذكر الحفر فقط ومثل هذا في لسان صاحب الشرع لبيان السبب لقوله عليه الصلاة و السلام : (من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر) ولكن أبو الحسن رحمه الله يقول : اتفقنا على أن الاستحقاق لا يثبت بنفس الحفر ما لم يكن ذلك في الموات من الأرض وهذا اللفظ لا يمكن العمل بظاهره إلا بزيادة لا يدل اللفظ عليها فلا يقوى الاستدلال بها ثم فيه دليل على أن البئر لها حريم مستحق من قبل أن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع ببئره إلا بما حوله فإنه يحتاج أن يقف على شفير البئر يسقي الماء وإلى أن يبنى على شفير البئر ما يركب عليه البكرة وإلى أن ينبني حوضا يجمع فيه الماء وإلى موضع تقف فيه مواشيه عند الشرب وربما يحتاج أيضا إلى موضع تنام فيه مواشيه بعد الشرب فاستحق الحريم لذلك وقدر الشرع ذلك بأربعين ذراعا وطريق معرفة المقادير النص دون الرأي إلا أن من العلماء رحمهم الله من يقول أربعين ذراعا من الجوانب الأربعة من كل جانب عشرة أذرع لأن ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الأربع والأصح أن المراد التقدير بأربعين ذراعا من كل جانب لأن المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الأول لكيلا يحفر أحد في حريمه بئرا أخرى فيتحول إليها ما ببئره وهذا الضرر ربما لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فإن الأراضي تختلف بالصلابة والرخاوة وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع هذا الضرر ويستوي في مقدار الحريم بئر العطن وبئر الناضح عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما حريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح سبعون ذراعا واستدلا بحديث الزهري أن النبي عليه الصلاة و السلام قال : (حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا) ولأن استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة صاحب البئر الناضح إلى الحريم أكثر لأنه يحتاج إلى موضع يسير فيه الناضح ليستقي فيه الماء من البئر بذلك وفي بئر العطن إنما يستقى بيده فلا يحتاج إلى هذا الموضع واستحقاق الحريم بقدر الحاجة . (ألا ترى) أن صاحب العين يستحق من الحريم أكثر مما يستحق صاحب البئر لأن ماء العين يفيض على الأرض ويحتاج صاحبه إلى اتخاذ المزارع حول ذلك لينتفع بما يفيض من الماء وإلى أن ينبني غديرا يجتمع فيه الماء فاستحق لذلك زيادة الحريم واستدل أبو حنيفة رحمه الله بالحديث الأول فإنه عليه الصلاة و السلام قال : (من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا) وليس فيه فصل بين بئر العطن والناضح ومن أصله أن العام

المتفق على قبوله والعمل به يترجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل بهذ ولهذا رجح قوله عليه الصلاة و السلام : (ما أخرجت الأرض ففيه العشر) على قوله عليه الصلاة و السلام : (ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة) وعلى قوله عليه الصلاة و السلام : ليس في الخضروات صدقة ورجح اصحابنا رحمهم الله قوله عليه الصلاة و السلام (التمر بالتمر مثلا بمثل) على خبر العرايا ولأن استحقاق الحريم حكم ثبت بالنص بخلاف القياس لأن الاستحقاق باعتبار عمله وعمله في موضع البئر خاصة فكان ينبغي أن لا يستحق شيئا من الحريم ولكنا تركنا القياس بالنص فبقدر ما اتفق عليه الآثار ثبت الاستحقاق وما زاد على ذلك مما اختلف فيه الأثر لا يثبت استحقاقه بالشك هذا أصل أبي حنيفة رحمه الله في مسائل الحريم ولهذا لم يجعل للنهر حريما وكذلك في غير هذا الموضع فإنه قال : لا يستحق الغازي لفرسه إلا سهما واحدا لأن استحقاقه ثبت بخلاف القياس بالنص فلا يثبت إلا القدر المتيقن به فأما حريم العين خمسمائة ذراع كما ورد به الحديث لأن الآثار اتفقت عليه ولكن عند بعضهم الخمسمائة في الجوانب الأربعة من كل جانب مائة

وخمسة وعشرون ذراعا والأصح أن له خمسمائة ذراع من كل جانب وقد ذكر أبو يوسف في الأمالي هذا مفسرا في بئر الناضح قال : يتقدر حريمه بستين ذراعا من كل جانب إلا أن يكون الرشا أطول من ذلك فهذا دليل على أن المذهب التقدير من كل جانب بما سمى من الذرعان ثم الاستحقاق من كل جانب في الموات من الأرض بما لا حق لأحد فيه أما فيما هو حق الغير فلا حتى لو حفر إنسان بئرا فجاء آخر وحفر على منتهى حد حريمه بئرا فإنه لا يستحق الحريم من الجانب الذي هو حريم صاحب البئر الأول وإنما يستحقه من الجوانب الأخر فيما لاحق فيه لأن في ذلك الجانب الأول قد سبق إليه وقد ثبت استحقاقه كما قال عليه الصلاة و السلام : (منا مباح من سبق فلا يكون لأحد أن يبطل عليه حقه ويشاركه فيه) وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال : أسفل النهر آمر على أهل أعلاه حتى يرووا وفيه دليل أنه ليس لأهل الأعلى أن يسكروا النهر ويحبسوا الماء عن أهل الأسفل لأن حقهم جميعا ثابت فلا يكون لبعضهم أن يمنع حق الباقين ويختص بذلك وفيه دليل على أنه إذا كان الماء في النهر بحيث لا يجري في أرض كل واحد منهم إلا بالسكر فإنه يبدأ بأهل الأسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا ليرتفع الماء إلى أراضيهم وهذا لأن في السكر إحداث شيء في وسط النهر المشترك ولا يجوز ذلك مع حق جميع الشركاء وحق أهل الأسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر ولهذا سماهم آمرا لأن لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر وعليهم طاعتهم في ذلك ومن تلزمك طاعتك فهو أميرك

بيانه في قوله عليه الصلاة و السلام : (صاحب الدابة العطوف أمير على الراكب) لأنه يأمرهم بانتظارهم وعليهم طاعته بحق الصحبة في السفر وفيه حكاية أبي يوسف رحمه الله حين ركب مع الخليفة يوما فتقدمه الخليفة لجوده ابنه فناداه أيها القاضي الحق بي فقال أبو يوسف : إن دابتك إذا حركت طارت وإن دابتي إذا حركت قطعت وإذا تركت وقفت فانتظرني فإن النبي عليه الصلاة و السلام قال : (صاحب الدابة العطوف أمير على الراكب) فأمر بأن يحمل أبو يوسف رحمه الله على جنبة له وقال : احمل أباك على هذا أهون من تأميرك علي وعن محمد بن إسحاق يرفعه إلى النبي صلى الله عليه و سلم قال : (إذا بلغ الوادي الكعبين لم يكن لأهل الأعلى أن يحبسوه عن الأسفل) والمراد به الماء في الوادي والوادي اسم لموضع في أسفل الجبل ينحدر الماء من كل جانب من الجبل فيجتمع فيه ويجري إلى الموضع الذي ينتفع به الناس فقوله : إذا بلغ الوادي الكعبين ليس بتقدير لازم بالكعبين بل الإشارة إلى كثرة الماء لأن في موضع الوادي سعة فإذا بلغ الماء فيه هذا المقدار فهو كثير يتوصل كل واحد منهم إلى الانتفاع به بقدر حاجته عادة فإذا أراد أهل الأعلى أن يحبسوه عن أهل الأسفل فإنما قصدوا بذلك الإضرار بأهل الأسفل فكانوا متعنتين في ذلك لا منتفعين بالماء وإذا كان الماء دون ذلك فربما لا يفضل عن حاجة أهل الأعلى فهم منتفعون بهذا الحبس والماء الذي ينحدر من الجبل إلى الوادي على أصل الإباحة فمن يسبق إليه فهو أحق بالانتفاع به بمنزلة النزول في الموضع المباح كل من سبق إلى موضع فهو أحق به ولكن ليس له أن يتعنت ويقصد الإضرار بالغير في منعه عما وراء موضع الحاجة فعند قلة الماء بدئ أهل الأعلى أسبق إلى الماء فلهم أن يحبسوه عن أهل الأسفل به قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم للزبير بن العوام رضي الله عنه في حادثة معروفة وعند كثرة الماء يتم انتفاع صاحب الأعلى من غير حبس فليس له أن يتعنت بحبسه عن أهل الأسفل وعن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : (المسلمون شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار) وفي الروايات : (الناس شركاء في ثلاث) وهذا أعم من الأول فيه إثبات الشركة للناس كافة المسلمين والكفار في هذه الأشياء الثلاثة وهو كذلك وتفسير هذه الشركة في المياه التي تجري في الأودية والأنهار العظام كجيحون وسيحون وفرات ودجلة ونيل فإن الانتفاع بها بمنزلة الانتفاع بالشمس والهواء ويستوي في ذلك المسلمون وغيرهم وليس لأحد أن يمنع أحدا من ذلك وهو بمنزلة الانتفاع بالطرق العامة من حيث التطرق فيها ومرادهم من لفظة الشركة بين الناس بيان أصل الإباحة والمساواة بين الناس في الانتفاع إلا أنه مملوك لهم فالماء في هذه الأودية ليس بملك لأحد فأما ما يجري في نهر خاص لأهل قرية ففيه نوع شركة

لغيرهم وهو حق السعة من حيث الشرب وسقي الدواب فإنهم لا يمنعون أحدا من ذلك ولكن هذه الشركة أخص من الأول فليس لغير أهل القرية أن يسقوا نخيلهم وزروعهم من هذا

النهر وكذلك الماء في البئر فيه لغير صاحب البئر شركة لهذا القدر وهو السعة وكذلك الحوض فإن من جمع الماء في حوضه وكرمه فهو أخص بذلك الماء مع بقاء حق السقي فيه للناس حتى إذا أخذ إنسان من حوضه ماء للشرب فليس له أن يسترده منه وإذا أتى إلى باب كرمه ليأخذ الماء من حوضه للشرب فله أن يمنعه من أن يدخل كرمه لأن هذا ملك خاص له ولكن إن كان يجد الماء قريبا من ذلك الموضع في غير ملك أحد يقول له : اذهب إلى ذلك الموضع وخذ حاجتك من الماء لأنه لا يتضرر بذلك وإن كان لا يجد ذلك فأما أن يخرج الماء إليه أو يمكنه من أن يدخل فيأخذ بقدر حاجته لأن له حق السعة في الماء الذي في حوضه عند الحاجة فأما إذا أحرز الماء في جب أو جرة أو قربة فهو مملوك له حتى يجوز بيعه فيه وليس لأحد أن يأخذ شيئا منه إلا برضاه ولكن فيه شبهة الشركة من وجه ولهذا لا يجب القطع لسرقته وعلى هذا حكم الشركة في الكلأ في المواضع التي لا حق لأحد فيها بين الناس فيه شركة عامة فلا يكون لأحد أن يمنع أحدا من الانتفاع به فأما ما نبت من الكلأ في أرضه مما لم ينبته أحد فهو مشترك بين الناس أيضا حتى إذا أخذه إنسان فليس لصاحب الأرض أن يسترده منه وإذا أراد أن يدخل أرضه ليأخذ ذلك فلصاحب الأرض أن يمنعه من الدخول في أرضه ولكن إن كان يجد ذلك في موضع آخر يأمره بالذهاب إلى ذلك الموضع وإن كان لا يجد وكان بحيث يخاف على ظهره فأما أن يخرج إليه مقدار حاجته أو يمكنه من أن يدخل أرضه فيأخذ مقدار حاجته فأما ما أنبته صاحب الأرض بأن سقى أرضه وكربها لنبت الحشيش فيها لدوابه فهو أحق بذلك وليس لأحد أن ينتفع بشيء منه إلا برضاه لأنه حصل بكسبه والكسب للمكتسب وهذا الجواب فيما لم ينبته صاحب الأرض من الحشيش دون الأشجار فأما في الأشجار فهو أحق بالأشجار النابتة في أرضه من غيره لأن الأشجار تحرز عادة وقد صار محرزا له من يده الثابتة على أرضه فأما الحشيش فلا يحرز عادة وتفسير الحشيش ما تيسر على الأرض مما ليس له ساق والشجر ما ينبت على ساق وبيان ذلك في قوله تعالى : ﴿ والنجم والشجر يسجدان ﴾ والنجم ما ينجم فتيسر على الأرض والشجر ما له ساق . وبيان الشركة في النار أن من أوقد نارا في صخر لا حق لأحد فيه فلكل واحد أن ينتفع بناره من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب والعمل بضوءها فأما إذا أراد أن يأخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك إذا منعه صاحب النار لأن ذلك حطب أو فحم قد أحرزه الذي أوقد النار وإنما الشركة التي أثبتها رسول الله صلى الله عليه و سلم في النار والنار جوهر الحر دون الحطب

والفحم فإن أخذ شيئا يسيرا من ذلك الجمر نظر فإن كان ذلك ما له قيمة إذا جعله صاحبه فحما كان له أن يسرده منه وإن كان يسيرا لا قيمة له فليس له أن يسترده منه وله منه أن يأخذه من غير استئذان لأن الناس لا يمنعون هذا القدر عادة والمانع يكون متعنتا لا منتفعا وقد بينا أن المتعنت ممنوع من التعنت شرعا وعن عائشة رضي الله عنها قالت : نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيع بقع الماء يعني المستنقع في الحوض وبه نأخذ فإن البيع تمليك فيستدعي محلا مملوكا والماء في الحوض ليس بمملوك لصاحب الحوض فلا يجوز بيعه فلظاهر الحديث لا يجوز بيع الشرب وحده لأن ما يجري في النهر الخاص ليس بمملوك للشركاء والبيع لا يسبق الملك وإنما الثابت للشركاء في النهر الخاص حق الاختصاص بالماء من حيث سقي النخيل والزرع ولصاحب المستنقع مثل ذلك وبيع الحق لا يجوز وعن الهيثم أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا فسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا أن يعطوهم فقالوا لهم : إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تقطع فأبوا أن يعطوهم فذكروا ذلك لعمر رضي الله عنه فقال لهم عمر : فهلا وضعتم فيهم السلاح وفيه دليل أنهم إذا منءوهم ليستقوا الماء من البئر فلهم أن يقاتلوهم بالسلاح فإذا خافوا على أنفسهم أو على ظهورهم من العطش كان لهم في البئر حق السعة فإذا منعوا حقهم وقصدوا إتلافهم كان لهم أن يقاتلوهم عن أنفسهم وعن ظهورهم كما لو قصدوا قتلهم بالسلاح فأما إذا كان الماء محرزا في إناء فليس للذي يخاف الهلاك من العطش أن يقاتل صاحب الماء بالسلاح على المنع ولكن يأخذ منه فيقاتله على ذلك بغير سلاح وكذلك في الطعام لأنه ملك محرز لصاحبه ولهذا كان الآخذ ضامنا له فإذا جاز له أخذه لحاجته فالمانع يكون دافعا عن ماله وقال عليه الصلاة و السلام : (من قتل دون ماله فهو شهيد) فكيف يقاتل من إذا قتله كان شهيدا على لسان رسول اللهصلى الله عليه

وسلم فأما البئر مباح غير مملوك لصاحب البئر فلا يكون هو في المنع دافعا عن ملكه ولكنه مانع عن المضطر حقه فكان له أن يقاتله بالسلاح وللأول أن يقاتل بما دون السلاح لأن صاحب الماء مأمور بأن يدفع إليه بقدر ما يدفع به الضرورة عنه فهو في المنع مرتكب ما لا يحل فؤدبه على ذلك بغير سلاح وليس مراد عمر رضي الله عنه المقاتلة بالسلاح على منع الدلو فإن الدلو كان ملكا لهم ولو كان المراد ذلك فتأويل قوله : فعلا وضعتم فيهم السلاح أي برهنتم عندهم ما معكم من السلاح ليطمئنوا إليكم فيعطونكم الدلو لا أن يكون المراد الأمر بالقتال وعن عروة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : (من أحيا أرضا ميتة فهي له) وليس لعرف ظالم حق وفيه دليل على أن الموات من الأراضي يملك بالإحياء وأصح ما قيل في حد الموات أن يقف الرجل في طرف العمران فينادي بأعلى صوته فإلى أي موضع ينتهي

صوته يكون من فناء العمران لأن سكان ذلك الموضع يحتاجون إلى ذلك لرعي المواشي وما أشبه ذلك وما وراء ذلك من الموات ثم عند أبي حنيفة رحمه الله إنما يملكها بالإحياء بعد إذن الإمام وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : لا حاجة فيه إلى إذن الإمام لأن النبي صلى الله عليه و سلم قد أذن في ذلك وملكها ممن أحياها أو لأنه لا حق لأحد فيها فكل من سبقت يده إليها وتم إحرازه لها فهو أحق بها كمن أخذ صيدا أو حطبا أو حشيشا أو وجد معدنا أو ركازا في موضع لا حق لأحد فيه وأبو حنيفة استدل بقوله عليه الصلاة و السلام : (ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه) وهذا وإن كان عاما فمن أصله أن العام المتفق عليى قبوله يترجح على الخاص وقال صلى الله عليه و سلم : (ألا إن عادى الأرض هي لله ورسوله ثم هي لكم من بعد) فما كان مضافا إلى الله تعالى والرسول صلى الله عليه و سلم فالتدبير فيه إلى الإمام فلا يستبد أحد به بغير إذن الإمام كخمس الغنيمة فرسول الله صلى الله عليه و سلم في هذا الحديث أشار إلى أن هذه الأراضي كانت في يد المشركين ثم صارت في يد المسلمين بإيجاف الخيل فكان ذلك لهم من الله تعالى ورسوله عليه الصلاة و السلام وما كان بهذه الصفة لم يختص أحد بشيء منه دون إذن الإمام كالغنائم وقوله صلى الله عليه و سلم : (من أحيا أرضا ميتة) لبيان السبب وبه نقول أن سبب الملك بعد إذن الإمام هو الإحياء ولكن إذن الإمام شرط وليس في هذا اللفظ ما ينفي هذا الشرط بل في قوله عليه الصلاة و السلام وليس لعرف ظالم حق إشارة إلى هذا الشرط فالإنسان على رأي الإمام والأخذ بطريق التغالب في معنى عرق ظالم وقيل : معنى قوله عليه الصلاة و السلام وليس لعرق ظالم حق أن الرجل إذا غرس أشجارا في ملكه فخرجت عروقها إلى أرض جاره أو خرجت أغصانها إلى أرض جاره فإنه لا يستحق ذلك الموضع من أرض جاره بتلك الأغصان والعروق الظالمة فالظلم عبارة عن تحصيل الشيء في غير موضعه قيل : المراد بعرق الظالم أن يتعدى في الإحياء ما وراء أحد الموات فيدخل في حق الغير ولا يستحق بذلك شيئا من حق الغير وعن عمر رضي الله عنه قال : من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس بعد ثلاث سنين حق والمراد بالمحجر المعلم بعلامة في موضع واشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع فإن من أعلم في موضع من الموات علامة فكأنه منع الغير من إحياء ذلك الموضع فسمى فعله تحجيرا وبيان ذلك أن الرجل إذا مر بموضع من الموات فقصد إحياء ذلك الموضع فوضع حول ذلك الموضع أحجارا أو حصد ما فيها من الحشيش والشوك وجعلها حول ذلك فمنع الداخل من الدخول فيها فهذا تحجير ولا يكون إحياء إنما الإحياء أن يجعلها صالحة للزراعة بأن كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا ثم بعد التحجير له من المدة ثلاث سنين كما أشار إليه عمر رضي الله عنه لأنه يحتاج إلى أن يرجع إلى وطنه ويهيء أسبابه ثم

يرجع إلى ذلك الموضع فيحييه فيجعل له من المدة للرجوع إلى وطنه سنة وإصلاح أموره في وطنه سنة والرجوع إلى ذلك الموضع سنة فإلى ثلاثة سنين لا ينبغي أن يشتغل بإحياء ذلك الموضع غيره ولكن ينتظره ليرجع وبعد مضي هذه المدة الظاهر أنه قد بدا له وأنه لا يريد الرجوع إليها فيجوز لغيره إحياؤها هذا من طريق الديانة فأما في الحكم إذا أحياها إنسان بإذن الإمام فهي له لأن بالتحجير لم تصر مملوكة للأول فسبب الملك هو الإحياء دون التحجير وعن طاوس قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : (إن عادي الأرض لله ورسوله فمن أحيا أرضا ميتة فهي له) والمراد الموات من الأراضي سماه عاديا على معنى أن ما خربت على عهد عاد وفي العادات الظاهرة ما يوصف بطوله مضي الزمان عليه ينسب إلى عاد

فمعناه ما تقدم خرابه مما يعلم أنه لا حق لأحد فيه . وعن أبي معشر عن أشياخه رفعوه إلى النبي صلى الله عليه و سلم أنه قضى في السراج من ماء المطر إذا بلغ الماء الكعبين أن لا يحبسه إلا على جاره قال أبو معسر السراج : السواقي وهي الجداول التي عند سفح الجبل يجتمع ماء السيل فيها ثم ينحدر منها إلى الوادي وقد بينا أن مراده من هذا اللفظ العبارة عن كثرة الماء . وعن سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : (من أخذ شبرا من أرض بغير حق طوقه الله من سبع أرضين) قيل : معناه من تطوق في أرض الغير فالموضع الذي يضع عليه القدم بمنزلة شبر من الأرض وقيل : معناه من نقص من المسنات في جانب أرضه بأن حول ذلك إلى أرض جاره فذلك قدر شبر من الأرض أخذه أو كان أرضه بجنب الطريق فجعل المسناة على الطريق لتتسع به أرضه فهو في معنى شبر من الأرض أخذه بغير حق وهو معنى الحديث الذي روي : لعن الله من غير منار الطريق) يعني العلامة بين الأرضين وقيل إنما ذكر رسول الله صلى الله عليه و سلم الشبر على طريق التمثيل للمبالغة في المنع من غصب الأراضي وليس المراد به التحقيق ثم في الحديث بيان عظم الماء ثم في غصب الأراضي وهو دليل أبي حنيفة رحمه الله في أنه لا ضمان على غاصب الأراضي في الدنيا لأن النبي عليه الصلاة و السلام بين جزاء الآخذ بالوعيد الذي ذكره في القيامة ولو كان حكم الضمان ثابتا لكان الأولى أن يبينه لأن الحاجة إلى معرفته أمس ثم جعل المذكور من الوعيد جميع جزائه فلو أوجبنا الضمان مع ذلك لم يكن الوعد جميع جزائه وللفقهاء في معنى مثل هذه الألفاظ طريقين أحدهما : الحمل على حقيقته أنه يطوق ذلك الموضع في القيامة ليعرف به ما فعله ويكون ذلك عقوبة له كما قال عليه الصلاة و السلام : (لكل غادر لواء يوم القيامة يركز عند باب استه تعرف به غدرته) والمراد به بيان شدة العقوبة لا حقيقة ماذكر من أنه يطوق ذلك الموضع من الأرض يوم القيامة فقال قال الله تعالى : ﴿ يوم تبدل الأرض غير الأرض ﴾ وعن أبي

هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : (لا تمنعوا الماء مخافة الكلأ) يريد به أن صاحب البئر إذا كان له مرعى حول بئره فلا ينبغي له أن يمنع من يستقي الماء من بئره لنفسه أو لظهوره مخافة أن يصيب ظهره من ذلك الكلأ لأن له في حق الشقة في ماء البئر فلا يمنعه حقه ولكن يحفظ جانب أرضه وما فيه من الكلأ حتى لا يدخل دابة المستقي في ذلك الموضع وإن شق عليه ذلك أخرج إليه من الماء مقدار حاجته وحاجة ظهره وعن نافع رفع حديثه إلى النبي صلى الله عليه و سلم قال : (لا تمنعوا أحدا ماء ولا كلأ ولا نارا فإنه متاع للمقوين وقوة للمستعينين) والمقوي هو الذي فنى زاده والمستعين هو المضطر المحتاج وقد بينا أن صاحب الشرع عليه الصلاة و السلام أثبت بين الناس في هذه الأشياء الثلاثة شركة عامة بطريق الإباحة فلا ينبغي لأحد أن يمنع أحدا مما جعله الشرع حقا له وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع ابن السبيل أن يسقي منها فيشرب ويسقي دابته وبعيره وشياهه فإن ذلك من الشقة والشقة عندنا الشرب لبني آدم والبهائم وهذا لأن الحاجة إلى الماء تتجدد في كل وقت ومن سافر لا يمكنه أن يستحصب الماء من وطنه لذهابه ورجوعه فيحتاج إلى أخذ الماء من الآبار والأنهار التي تكون على طريقه وفي المنع من ذلك حرج وكما يحتاج إلى ذلك لنفسه فكذلك يحتاج إليه لظهره لأنه في العادة يعجز عن السفر بغير مركب وكذلك يحتاج إلى ذلك للطبخ والخبز وغسل الثياب وأحد لا يمنع أحدا من ذلك فإن كان له جدول يجري فيه الماء إلى أرضه وبجنب ذلك الموضع صاحب ماشية إذا شربت الماشية منها انقطع الماء لكثرة المواشي وقلة ماء الجدول فقد اختلف المتأخرون رحمهم الله في هذا الفصل منهم من يقول هذا من الشقة وليس لصاحب الجدول أن يمنع ذلك وأكثرهم على أن له أن يمنع في مثل هذه الصورة لأن الشقة ما لا يضر بصاحب النهر والبئر فأما ما يضر به ويقطع حقه فله أن يمنع ذلك اعتبارا بسقي الأراضي والنخيل والشجر والزرع فله أن يمنع من يريد سقي نخله وشجره وزرعه من نهره أو قناته أو بئره أو عينه وليس لأحد أن يفعل ذلك إلا بإذنه إما لأنه يريد أنيسوي نفسه بصاحب الحق فيما هو المقصود فالنهر والقناة إنما يشق لهذا المقصود وليس لغير المستحق أن يسوي نفسه بالمستحق فيما هو المقصود بخلاف الشقة فذلك بيع غير مقصود لأن النهر والقناة لا يشق في العادة لأجله أو لأنه يحتاج إلى أن يحفر نهرا من هذا النهر إلى أرضه فيكسر به ضفة النهر وليس له أن يكسر ضفة نهر الغير وكذلك

في البئر يحتاج إلى أن يشق نهرا من رأس البئر إلى رضه وما حول البئر حق صاحب البئر حريما له فليس لغيره أن يحدث فيه شيئا من ذلك بغير إذنه وكذلك إن كان يريد أن يجري ماءه في هذا النهر مع صاحب النهر ليسقي به أرضه لأن النهر ملك خاص لأهل النهر فلا يجوز له أن ينتفع بملك الغير إلا بإذنه

فإن كان قد اتخذ شجره أو خضره في داره فأراد أن يسقي ذلك الموضع بحمل الماء إلي بالجرة فقد استقضى فيه بعض المتأخرين من أئمة بلخ رحمهم الله وقالوا : ليس له ذلك إلا بإذن صاحب النهر والأصح أنه لا يمنع من هذا المقدار لأن الناس يتوسعون فيه والمنع منه يعد من الدناءه قال عليه الصلاة و السلام : (إن الله يجب معالي الأمور ويبغض سفسافها) فإن أذن له صاحب النهر في سقي أرضه أو عادة ذلك الموضع فلا بأس بذلك لأن المنع كان لمراعاة حقه فإذا رضي به فقد زال المانع وإن باعه شرب يوم أو أقل من ذلك أو أكثر لم يجز لأن ذلك الماء في النهر غير مملوك إنما هو حق صاحب النهر وبيع الحق لا يجوز لأنه مجهول لا يدري مقدار ما يسلم له من الماء في المدة المذكورة وبيع المجهول لا يجوز وهو غرر فلا تدري أن الماء يجري في ذلك الوقت في النهر أو لا يجري وإذا انقطع الماء فليس للبائع تمكن إجرائه ونهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيع الغرر وكذلك لو استأجره لأنه يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه أو تسليم ما لا يعرف مقداره ثم المقصود من هذا الاستئجار الماء وهو عين والاستئجار المقصود لاستهلاك العين لا يجوز كاستئجار المرعى للرعي واستئجار البقرة لمنفعة اللبن بخلاف استئجار الظئر فإن لبن الآدمية في حكم المنفعة لأن منفعة كل عضو بحسب ما يليق به فمنفعة الثدي اللبن ولهذا لا يجوز بيع لبن الآدمية ولأن العقد هناك يرد على منفعة التربية واللبن آلة في ذلك بمنزلة الاستئجار على غسل الثياب فالحرض والصابون آلة في ذلك والاستئجار لعمل الصناعة فإن الصنع بمنزلة الآلة في ذلك فأما هنا لا مقصود في هذا الاستئجار سوى الماء وهو عين وكذلك لو شرط في إجارته أو شرابه شرب هذه الأرض وهذا الشجر وهذا الزرع أو قال حتى يكتفي فهذا كله باطل لمعنى الجهالة والغرر وإذا اشترى الرجل شرب ماء ومعه أرض فهو جائز لأن الأرض عين مملوكة مقدورة التسليم فالعقد يرد عليها والشرب يستحق بيعا وقد يدخل في البيع بيع ما لا يجوز إفراده بالبيع كالأطراف من الحيوانات لا يجوز إفرادها بالبيع ثم يدخل بيعا في بيع الأصل وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أفتى أن يبيع الشرب وإن لم يكن معه أرض للعادة الظاهرة فيه في بعض البلدان وهذه عادة معروفة بنسف قالوا : المأجور الاستصناع للتعامل وإن كان القياس يأباه فكذك بيع الشرب دون الأرض وإذا استأجر أرضا مع شربها جاز كما يجوز الشراء وهذا لأن المقصود الانتفاع بالأرض من حيث الزراعة والغراسة وإنما يحصل هذا المقصود بالشرب فذكر الشرب مع الأرض في الاستئجار التحقيق ما هو المقصود بالاستئجار فلا يفسد به العقد وإذا اشترى الرجل أرضا لم يكن له شربها ولا مسك ما بها لأن العقد يتناول عين الأرض بذكر حدودها فما يكون خارجا من حدودها لا يدخل تحت العقد إلا بالتسمية والشرب والمسيل خارج من الحدود المذكورة فإن اشترط شربها

فله الشرب وليس له المسيل لأن الشرب غير المسيل فالمسيل الموضع الذي يسيل فيه الماء والشرب الماء الذي يسيل في المسيل فباشتراط أحدهما لا يثبت له استحقاق الأجر وإنما يستحق المشروط خاصة ويجعل فيما لم يذكر كأنه لم يشترط شيئا ولو اشترط مسيل الماء مع الشرب يستحق ذلك كله بالشرط ولو اشتراها بكل حق هو لها كان له المسيل والشرب لأنهما من حقوقها فالمقصود بالأراضي الانتفاع بها وإنما يتأتى ذلك بالمسيل والشرب فكانت من حقوقها كالطريق للدار وكذلك لو اشترط مرافقها لأن المرافق ما يترفق به فإنما يتأتى الترفق بالأرض بالشرب والمسيل وكذلك لو اشترط كل قليل وكثير هو فيها أو منها كان له الشرب والمسيل لأنه من القليل والكثير ثم المراد بقوله منها أي من حقوقها ولكنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه ومثل هذا الحذف عرف أهل اللسان وإذا استأجر أرضا فليس له مسيل ماء ولا شرب في القياس إذا أطلق العقد كما في الشراء فالمستأجر يستحق بالعقد بذكر الحدود كالمشتري فكما أن الشرب والمسيل الذي هو خارج عن الحدود المذكورة لا يستحق بالشراء فكذلك بالاستئجار ولكنه استحسن فجعل للمستأجر مسيل الماء والشرب هنا بخلاف الشراء لأن جواز الاستئجار باعتبار التمكن من الانتفاع . (ألا ترى) أن ما لا ينتفع به لا يجوز استئجاره

كالمهر الصغير والأرض السبخة والانتفاع بالأرض لا يتأتى إلا بالشرب والمسيل فلو لم يدخلهما يفسخ العقد والمتعاقدان قصدا تصحيح العقد فكان هنا ذكر الشرب والمسيل بخلاف الشراء فموجبه ملك العين . (ألا ترى) أن شراء ما لا يملك الانتفاع به جائز نحو الأرض السبخة والمهر الصغير فلا يدخل في الشراء ما وراء المسمى بذكر الحدود وفي الكتاب ذكر حفرا آخر فقال : لأن الأرض لم تخرج من يد صاحبها يعني أن بعقد الإجارة لا يتملك المستأجر شيئا من العين وإنما يملك الانتفاع به في المدة المذكورة فلو أدخلنا الشرب والمسيل لم يتضرر صاحب الأرض بإزالة ملكه عنها وفي إدخالهما تصحيح العقد فأما البيع يزيل ملك العين عن البائع ففي إدخال الشرب والمسيل في البيع إزالة ملكه عما لم يظهر رضاه به وذلك لا يجوز وهذا نظير ما تقدم أن الثمار والزرع يدخل في رهن الأشجار والأرض من غير ذكر ولا يدخل في الهبة وإذا ثبت أن بدون الشرط يدخل الشرب والمسيل في الأشجار فمع الشرط أولى وكذلك إن شرط كل حق هو لها أو مرافقها أو كل قليل وكثير هو فيها أو منها فعند ذكر هذه الألفاظ يدخل الشرب والمسيل في الشراء ففي الإجارة أولى وإذا كان نهر بين قوم لهم عليه أرضون ولا يعرف كيف كان أصله بينهم فاختلفوا فيه واختصموا في الشرب فإن الشرب بينهم على قدر أراضيهم لأن المقصود بالشرب سقي الأراضي والحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الأراضي وكثرتها فالظاهر أن حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه وقدر حاجته

والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه فإن قيل : فقد استووا في إثبات اليد على المال في النهر والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق عند الاشتباه قلنا : لا كذلك فاليد لا تثبت على الماء في النهر لأحد حقيقة وإنما ذلك الانتفاع بالماء والظاهر أن انتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة ثم المء لا يمكن إحرازه بإثبات اليد عليه وإنما إحرازه بسقي الأراضي فإنما يثبت اليد عليه بحسب ذلك وهذا بخلاف الطريق إذا اختصم فيه الشركاء فإنهم يستوون في ملك رقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لأن الطريق عين تثبت اليد عليه والمقصود التطرق فيه والتطرق فيه إلى الدار الواسعة وإلى الدار الضيقة بصفة واحدة بخلاف الشرب على ما ذكرنا فإن كان الأعلى لا يشرب حتى يسكر النهر على الأسفل ولكنه يشرب بحصته لأن في السكر قطع منفعة الماء عن أهل الأسفل في بعض المدة وليس لبعض الشركاء هذه الولاية في نصيب شركائه يوضحه أن في السكر إحداث شيء في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فليس لبعض الشركاء أن يحدث فيها شيئا بدون إذن الشركاء وربما ينكسر النهر بما يحدث فيها عند السكر فإن فإن تراضوا على أن الأعلى يسكر النهر حتى تشرب حصته أجزت ذلك بينهم لأن المانع حقهم وقد انعدم بتراضيهم فإن اصطلحوا على أن يسكر كل واحد منهم في يومه أجزته أيضا فإن قسمة الماء في النهر تكون بالأجر تارة وبالأيام أخرى فإن تراضوا على القسمة بالأيام جاز لهم ذلك وهذا لحاجتهم إلى ذلك فقد يقل الماء في النهر بحيث لا يتمكن كل واحد منهم أن ينتفع بحصته من ذلك إلا بالسكر ولكنه إن تمكن من أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن بيسكر بالطين والتراب لأن به ينكسر النهر عادة وفيه إضرار بالشركاء إلا أن يظهروا التراضي على ذلك فإن اختلفوا لم يكن لأحد منهم أن يسكره على صاحبه وإن أراد أحد منهم أن يكتري منه نهرا لم يكن له ذلك إلا برضاء من أصحابه لأن في كري النهر كسر ضفة النهر المشترك بقدر فوهة النهر الذي يكريه وفي الملك المشترك ليس لبعض الشركاء أن يفعل ذلك إلا برضاء أصحابه كما لو أراد هدم الحائط المشترك أو إحداث باب فيه وكذلك إن أراد أن ينصب عليه رحا لم يكن له ذلك إلا برضى من أصحابه لأن ما ينصب من الرحا إنما يضعه في ملك مشترك إلا أن تكون رحا لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض خاص له فإن كان هكذا فهو جائز يعني إذا لم يكن يغير الماء عن سننه ولا يمنع جريان الماء بسبب الرحى بل يجري كما كان يجري قبل ذلك وإنما يضع الرحا في ملك خاص له فإذا كان بهذه الصفة فله أن يفعل ذلك بغير رضا الشركاء لأنه إنما يحدث ما يحدثه من الأبنية في خالصة ملكه وبسبب الرحى لا ينتقص الماء بل ينتفع صاحب الرحا بالماء مع بقاء الماء على حاله فمن يمنعه عن ذلك يكون متعنتا قاصدا إلى الإضرار به لا دافعا الضرر عن

نفسه فلا يلتفت إلى تعنته وإن أراد أن ينصب عليها دالية أو سانية وكان ذلك لا يضر بالنهر ولا بالشرب وكان بناء ذلك في ملكه

خاصة كان له أن يفعل ذلك لما بينا أنه يتصرف في خالص ملكه ولا يلحق الضرر بغيره وإن أراد هؤلاء القوم أن يكروا هذا النهر فإن أبا حنيفة رحمه الله قال : عليهم مؤنة الكراء من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل دفع عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : الكراء عليهم جميعا من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأراضي وبيان ذلك أن الشركاء في النهر إذا كانوا عشرة فمؤنة الكراء من أول النهر على كل واحد منهم عشرة إلى أن يجاوز أرض أحدهم فحينئذ تكون مؤنة الكراء على الباقين اتساعا إلى أن يجاوز أرضا أخرى ثم يكون على الباقين أثمان على هذا التفصيل إلى آخر النهر وعندهما المؤنة عليهم اعتبارا من أول النهر إلى آخره لأن لصاحب الأعلى حقا في أسفل النهر وهو تسييل الفاضل عن حاجته من الماء فيه فإذا سد ذلك فاض الماء على أرضه فأفسد زرعه فبهذا تبين أن كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوله إلى آخره والدليل عليه أنه يستحق الشفعة بمثل هذا النهر وحق أهل الأعلى وأهل الأسفل في ذلك سواء فإذا استووا في الغنم يستوون في الغرم أيضا وهو مؤنة الكراء وأبو حنيفة رحمهالله يقول : مؤنة الكراء على من ينتفع بالنهر بسقي الأرض منه . (ألا ترى) أنه ليس على أصحاب الشقة من مؤنة الكراء شيء وإذا جاوز الكراء أرض رجل فليس له في كراء ما بقي منفعة سقي الأرض فلا يلزمه شيء من مؤنة الكراء ثم منفعته في أسفل النهر من حيث إجراء فضل الماء فيه وصاحب المسيل لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه . (ألا ترى) أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره بهذا الحق ثم هو يتمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كري أسفل النهر بأن يسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى عن الماء فعرفنا أن الحاجة المعتبرة في التزام مؤنة الكراء الحاجة إلى سقي الأرض فرع بعض مشايخنا رحمهم الله أن الكراء إذا انتهى إلى فوهة أرضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة بعد ذلك والأصح أن عليه مؤنة الكراء إلى أن يجاوز حد أرضه كما أشار إليه في الكتاب لأن له رأيا في اتحاد فوهة الأرض من أعلاها وأسفلها فهو منتفع بالكراء منفعة سقي الأرض ما لم يجاوز أرضه ويختلفون فيما إذا جاوز الكراء أرض رجل فسقط عنه مؤنة الكراء هل له أن يفتح الماء لسقي أرضه منهم من يقول له ذلك لأن الكراء قد انتهى في حقه حين سقطت مؤنته ومنهم من يقول ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه من الكري كما ليس له أن يسكر على شركائه فيختص بالانتفاع بالمأذون شركاؤه ولأجل التحرز عن هذا الخلاف جرى الرسم بأن يوجد في الكراء من أسفل النهر أو يترك بعض النهر من أعلاه حتى يفرغ من أسفله قال :

وقال أبو حنيفة رحمه الله فيما أعلم ليس على أهل الشقة من الكراء شيء لأنهم لا يحصون فمؤونة الكراء لا تستحق على قوم لا يحصون ولأنهم لا يستحقون الشفعة لحق الشفعة ولأنهم أتباع والمؤنة على الأصول دون الأتباع . (ألا ترى) أن الدية في القتيل الموجود في المحلة على عاقلة أصحاب الحطة دون المشتريين والسكان قال : والمسلمون جميعا شركاء في الفرات وفي كل نهر عظيم أو واد يستقون منه ويسقون منه الشفة والخف والحافر ليس لأحد أن يمنع أحدا من ذلك لأن الانتفاع بمثل هذه الأنهار كالانتفاع بالطرق العامة فكما لا يمنع أحد أحدا من التطرق في الطريق العام فكذلك لا يمنعه من الانتفاع بهذا النهر العظيم وهذا لأن الماء في هذه الأنهار على أصل الإباحة ليس لأحد فيه حق على الخصوص فإن ذلك الموضع لا يدخل تحت قهر أحد لأن قهر الماء يمنع قهر غيره فالانتفاع به كالانتفاع بالشمس ولكل قوم شرب أرضهم ونخلهم وشجرهم لا يحبس عن أحد دون أحد وإن أراد رجل أن يكري منه نهرا في أرضه فإن كان ذلك يضر بالنهر الأعظم لم يكن له ذلك وإن كان لا يضر به فله ذلك بمنزلة من أراد الجلوس في الطريق فإن كان لم يضر بالمارة لم يمنع من ذلك وإن كان يضر بهم في المنع من التطرق يمنع من ذلك لكل واحد منعه من ذلك الإمام وغيره في ذلك سواء فكذلك في النهر الأعظم فإن كسر ضفة النهر الأعظم ربما يضر بالناس ضررا عاما من حيث أن الماء يفيض عليهم وقال عليه الصلاة و السلام : (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) وعند خوف الضرر يمنع من ذلك لدفع الضرر وعلى السلطان كراء هذا النهر الأعظم إن احتاج إلى الكراء لأن ذلك من حاجة عامة المسلمين ومال بيت المال معد لذلك فإنه مال للمسلمين أعد للصرف إلى مصالحهم . (ألا ترى) أن مال القناطر والجسور والرباطات على الإمام من مال بيت المال فكذا كراء هذا النهر الأعظم

وكذلك إصلاح مسناته إن خاف منه غرقا فإن لم يكن في بيت المال مال فله أن يجبر المسلمين على ذلك ويحرجهم لأن المنفعة فيه للعامة ففي تركه ضرر عام والإمام نصب ناظرا فيثبت له ولاية **الإجبار** فيما كان الضرر فيه عاما لأن العامة قل ماينفقون على ذلك من غير إجبار وفي نظيره قال عمر رضي الله عنه : لو تركتم لبعتم أولادكم وليس هذا النهر خاص لقوم ليس لأحد أن يدخل عليهم فيه ولهم أن يمنعوا من أراد أن ." (١)

" (قال) الإمام الأجل الزاهد شمس الائمة – رضي الله عنه – وعن والديه :

---

(١) المبسوط، ٢٥٥/٧

أعلم أن جميع مسائل هذا الكتاب وترتيبها من عمل محمد بن الحسن – رحمه الله – فأما أصل التخريج والتفريع فمن صنعة الحسن بن زياد وقد كان له من البراعة في علم الحساب ما لم يكن لغيره من أصحاب أبي حنيفة – رحمه الله – ولكنه كان شكس الخلق فكان لا يؤلف معه لصغره وكان يخلو فيصنف ثم عثر محمد – رحمه الله – على تصنيفاته سرا فانتسخ من ذلك ما ظهر في بعض أبواب الجامع وأكثر كتب الحساب من تلك الجملة خصوصا هذا الكتاب وفيه من دقائق الفقه والحساب ما لم يوجد مثله في غيره

ثم بدأ الكتاب بوصية الرجل بثلث ماله لأن محل الوصية الثلث شرعا قال عليه الصلاة و السلام (إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم) الحديث وذكر الطحاوي في مشكل الآثار أن من الناس من أنكر صحة هذا اللفظ عن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – لأن في لفظ التصدق ما ينبيء عن التقرب فلا يستقيم أن يقال إن الله تعالى يتقرب إلى عباده قال : وليس كما ظنوا ومراده – صلى الله عليه و سلم – أن الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم لتكتسبوا به لأنفسكم في حال حاجتكم إلى ذلك ولفظ التصدق مستعار لهذا المعنى وهو كقوله تعالى ﴿ من ذا الذي يقرض الله قرضا حسنا ﴾ (البقرة : ٢٤٥) والاستقراض يكون للحاجة ولا يجوز أن يقال إن الله تعالى يحتاج إلى عباده فيستقرض منهم ولكن لفظ القرض على وجه المجاز والاستعارة مع أنه لا يبعد أن يقال إن الله تعالى يتقرب إلى عباده قال النبي – صلى الله عليه و سلم – فيما يأثره عن ربه (لا أزال أتقرب من عبدي وهو يتباعد عني) وقال (من تقرب إلي شبرا تقربت إليه ذراعا)

ثم نقول الموصى له بالثلث شريك الوارث في التركة ولهذا يزاد حقه بزيادة التركة وينتقص بنقصان التركة ولا يقدم تنفيذ الوصية له على تسليم الميراث إلى الوارث لوجهين

أحدهما : أن الاستحقاق ثبت له بمثل ما ثبت به الاستحقاق للوارث وهو السهم السابع المذكور ممن يملك الإيجاب له فالميراث للورثة مذكور في كتاب الله تعالى بذكر السهام والسدس والربع والثلث فالوصية بالثلث والربع والسدس تكون مثل ذلك والثاني : أن الإيجاب في الإبتداء كان إلى الموصي للأقارب والأجانب جميعا

ثم بين الله تعالى نصيب الأقارب في آية المواريث فبقي الإيجاب للأجانب في محل الوصية على ما كان إلى الموصى وهو بهذا الإيجاب يجعل الموصى خليفة نفسه فيما سمى له لأن الوارث خليفته شرعا

(ألا ترى) أن الوصية بثلث المال صحيحة فيمن لا مال له في الحال فعرفنا أنه أثبت له الخلافة ثم ملك المال من ثمرات تلك الخلافة ولهذا كان وجوبها بالموت بمنزلة الوراثة

إذا عرفنا هذا فنقول : إذا أوصى الرجل بثلث ماله لرجل وله ثلاثون دينارا قيمتها ثلثمائة درهم لا مال له غيرها كان له ثلث الدنانير أو ثلث الدراهم لأن ماله عند موته الجنسان وقد أوجب له الوصية بثلث ماله وليس صرف هذا الإيجاب إلى أحد الجنسين بأولى من الأخر فيستحق ثلث كل جنس وهو شريك الوارث فكما أن حق الوارث يثبت في ثلثي كل جنس فكذلك حق الموصى له في ثلث كل جنس

فإن هلك منها عشرون دينارا بعد موت الموصي أو قبله كان للموصى له ثلث العشرة الباقية أو ثلث ثلثمائة درهم لأن ما هلك قبل الموت الموصي صار كأن لم يكن فإن وجوب الوصية بالموت وإنما يتناول ثلث ماله عند الموت وكذلك ما هلك بعد موت الموصي قبل القسمة لأن التركة بعد الموت قبل القسمة مبقاة على حكم ملك المورث ولهذا لو ظهر فيها زيادة يقضي من الزيادة دينه وتنفذ وصيته فكان الهالك بعد موته بمنزلة الهالك قبل موته وإنما يكون للموصى له ثلث المال يوم تقع القسمة

والثاني : أن المال بالموت صار مشتركا بين الوارث والموصى له والأصل في المال المشترك إذا توى منه شيء أن التاوي يكون من نصيب الشركاء بالحصة والباقي كذلك لأنه ليس بعضهم بإدخال الضرر عليه بالتوي بأولى من البعض الآخر وكذلك لو كان أوصى له بسدس ماله فإنما له سدس الباقي من الدنانير والدراهم

ولو كان أوصى له بثلث الدنانير أو ثلث الدراهم ثم مات ولم يترك شيئا غيرها كان للموصى له ثلث كل جنس إلا أن في هذا الفصل يقدم تنفيذ وصيته على حق الورثة لأنه استحق عند الموت مالا يسمى فيكون هو في معنى الغريم في أنه تقدم حجته في محله على حق الوارث

(ألا ترى) أنه لو كان له أموال سوى الدراهم والدنانير لم يكن للموصى له من ذلك شيء والدراهم والدنانير لو هلكت قبل موت الموصي أو بعده بطلت الوصية وإنه لا بد من تمام ملكه فيهما وقت الإيصاء لتصحيح الوصية فبهذا تبين أنه يستحق العين بهذا الإيجاب فلا يكون بينه وبين الوارث شركة بل يكون حقه مقدما على حق الوارث في العين الذي ثبت استحقاقه له فيعطى له ثلث الدنانير وثلث الدراهم وما بقي بعد ذلك فهو للوارث

فإن هلك عشرون دينارا قبل موته أو بعد موته فإن كان للميت سواهما مال فإن الموصى له يستحق الدنانير العشرة مع ثلث الدراهم إذا كان يخرج ثلث ذلك من ثلث ماله لأن حق الموصى له في هذين

الجنسين مقدم على حق الوارث فكان حقه كالأصل وحق الوارث فيهما كالتبع والأصل أن المال الذي يشتمل على أصل وتبع إذا هلك منه نجعل الهالك من التابع دون الأصل كمال المضاربة إذا كان فيها ربح فعرفنا أن بهلاك بعض المال لا يقوم شيء من محل الوصية فيجب تنفيذ جميع وصيته مما بقي إذا وجد شرطه وهو كونه خارجا من ثلثه وإن لم يكن له مال سواهما فله ثلث ما بقي من المال نصفه فيما بقي من الدنانير ونصفه فيما بقي من الدراهم لأن بهلاك بعض الدنانير لم يبطل شيء من وصيته فقد تبقى من الدنانير مقدار ما أوصى له بمقداره وببقاء ذلك يبقي جميع وصيته فيها إلا أنه لا يجوز تنفيذ الوصية في أكثر من الثلث بدون إجازة الورثة وإنما يتقرر استحقاقه في ثلث الباقي من المال وذلك في المالين على السواء فيكون نصف حقه من الدنانير ونصفه من الدراهم وبيان ذلك بأن تجعل ما بقي من الدنانير كأنه دراهم فيكون ماله أربعمائة للموصى له ثلث ذلك وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث نصف ذلك من الدراهم وذلك ستة وستون وثلثان ونصف ذلك من الدنانير وذلك ستة وثلثا دينار أو نجعل الدراهم دنانير فيكون الكل بمعنى أربعين دينارا والتخريج كما بينا بخلاف ما لو أوصى له بثلث ماله فإن هناك حقه مختلط بحق الوارث فبعد هلاك بعض المال إنما يبقى من وصيته في كل مال بقدر ما يبقى منه فلهذا كان له ثلث ما بقي من الدنانير وثلث الدراهم

ولو كان أوصى له بسدس الدنانير وسدس الدراهم ثم هلك من الدنانير عشرون دينارا أخذ السدس كله من الباقي لأن جميع وصيته باق بعد هلاك بعض الدنانير وهو خارج من ثلث ما بقي من المال فإن جميع وصيته خمسة دنانير وخمسين درهما وقد بقي من المال ما يزاد ثلثه على هذا المقدار فيأخذ جميع وصيته

(ألا ترى) أنه لو ظهر في المالين زيادة لم يكن للموصى له إلا مقدار ما سمى له فكذلك إذا هلك بعض المال

قلنا : لا يبطل شيء من وصيته لكون حقه مقدما على حق الوارث في المحل الذي غير الوصية فيه

ولو هلك من الدراهم أيضا مائتا درهم وقد كان أوصى له بسدس ماله فإنه يأخذ سدس المائة الباقية وسدس العشرة الدنانير لأن ما هلك صار كأن لم يكن فهو شريك الوارث في الباقي بسهم شائع سماه له الموصى فيأخذ ذلك السهم من المالين

فإن كان أوصى له بسدس الدراهم وسدس الدنانير كان له من الدنانير الباقية ثلثها ومن الدراهم الباقية كذلك لأن جميع وصيته باق ببقاء ثلث كل نوع لأنه لا تنفذ له الوصية إلا في ثلث ما بقي من المال وثلثه

بقدر ستة وستين ثلثين إذا جعلت العشرة دنانير بمعنى مائة درهم فيأخذ ذلك من المالين نصفين نصفه مما بقي من الدنانير وذلك ثلاثة وثلث ونصفه مما بقي من الدراهم وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث بل هو مال له ثلث ما بقي من المالين

وإذا ترك الرجل ألف درهم ومائة شاة قيمتها ألف درهم وأوصى لرجل بسدس ماله فاستحق نصف القيمة أخذ الموصى له سدس الباقي من القيمة وسدس الدراهم لأن الموصى له شريك الوارث حكما إذا الهالك يكون من نصيب الشركاء بالحصص فكذلك المستحق إذا استحق تبين أنه لم يكن مالا له وإنما أوجب له الموصى سدس ماله وماله نصف القيمة وجميع الدراهم فيستحق سدس كل واحد منهما وكذلك لو استحق نصف الدراهم أيضا وكذلك لو كان أوصى له بالثلث فإنه يأخذ ثلث ما بقي من كل مال باعتبار أن المستحق صار كأن لم يكن

ولو كان أوصى بسدس الغنم وسدس الدراهم ثم استحق نصف المالين أخذ ثلث ما بقي كله نصفه في الغنم ونصفه في الدراهم لأن حقه ها هنا مقدم على حق الوارث فقد أوجب الوصية له في عين فيتعين جميع وصيته باعتبار ما بقي من المالين وبالاستحقاق لا يبطل شيء من وصيته كما إذا هلك بعض المالين

وزفر – رحمه الله – يقول : في هذا الموضع للموصى له سدس ما بقي منهما لأن بالاستحقاق تبين أن المستحق لم يكن مملوكا له وصحت هذه الوصية باعتبار قيام ملكه وفيه الإيصاء فلا يستحق إلا سدس ما كان مملوكا فأما بالهلاك فلا يتبين أن الكل لم يكن مملوكا له وقت الإيصاء فاستحق هو سدس الجميع ثم تبقى وصيته ببقاء محلها وقد بينا هذه المسألة في الوصايا وأصلها فيما ذكر في الجامع الصغير إذا أوصى بثلث ثلاثة دراهم فاستحق منها درهمان فللموصى له جميع الدراهم الباقي إذا كان يخرج من ثلثه عندنا وعند زفر له ثلث الدراهم الباقي ولو كان هلك منها درهمان كان للموصى له جميع الدراهم الباقي بالاتفاق وكذلك لو كان مكان الغنم إبل أو بقر أو ثياب من صنف واحد أو شيء مما يكال أو يوزن

فأما إذا ترك ألف درهم وثلاثة أعبد وأوصى لرجل بسدس إلا عبدا وسدس الدراهم أو أوصى له بسدس ماله ثم هلك عبد كان له في الوجهين سدس العبد الباقي وسدس الدراهم وكذلك الاستحقاق أما في الوصية بسدس المال فالجواب واضح وفي الوصية بسدس إلا عبد والدارهم

قيل : هذا الجواب قول أبي حنيفة

فأما عند أبي يوسف ومحمد – رحمهم الله – فهذا وما سبق سواء ويكون له نصف العبد الباقي مع سدس الدراهم لأن عندهما الرقيق يقسم قسمة واحدة بمنزلة سائر الحيوانات من جنس واحد

(ألا ترى) أنها تثبت في الذمة بمطلق التسمية في العقود المبنية على التوسع كسائر الحيوانات فكانت الوصية بسدس الرقيق كالوصية بسدس الغنم وسدس الإبل وعند أبي حنيفة الرقيق لا يقسم قسمة واحد على وجه الجبر لأن المقصود بالقسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة في المنفعة للإجبار على القسمة وذلك في العبيد متعذر لما فيها من التفاوت العظيم في المنفعة وذلك في العبد باعتبار التفاوت في المعاني الباطنة فتكون العبيد بمنزلة أجناس مختلفة

ولو أوصي له بسدس ثلاثة أشياء من أجناس مختلفة كالإبل والبقر والغنم واستحق جنسان أو هلكا لم يكن له إلا سدس الباقي فكذلك إذا كان أوصي له بسدس إلا عبد الثلاثة فاستحق عبدان أو هلكا لم يأخذ إلا سدس العبد الباقي

(ألا ترى) أنه لو بقي الكل له يستحق بتلك التسمية نصف العبد الباقي بطريق **الإجبار** على القسمة فكذلك بعد هلاك العبدين بخلاف صنف واحد مما توجد فيه القسمة بطريق **الإجبار** وقيل هذا الجواب قولهم جميعا كما أطلق في الكتاب لأن الرقيق عندهما . وإن كان يقسم قسمة واحدة فقيل : القسمة هنا بمنزلة الأجناس المختلفة

(ألا ترى) أن مال المضاربة إذا كان ألف درهم فاشترى بها المضارب عبدين كل عبد يساوي ألفا لم يملك المضارب شيئا منهما ويجعل كل واحد منهما مشغولا برأس المال بمنزلة الجنسين بخلاف ما إذا اشترى بها مائة شاة تساوي ألفين فإن المضارب يملك حصته من الربح فذلك في حكم الوصية يفصل بين الموضعين

ولو كان مكان العبيد دار فاستحق نصفها مقسوما أو غير مقسوم فهما سواء فإن كان أوصى له بسدس ماله فله سدس الباقي وإن أوصى له بسدس الدار وسدس الدراهم أخذ ثلث ما بقي من الدار وسدس الدراهم لأن الدار الواحدة تقسم قسمة واحدة واستحقاق نصفها لا يبطل شيئا من وصيته

(ألا ترى) أنه لو لم يستحق منها شيء كان يأخذ ثلث نصفها بتلك التسمية عند القسمة فكذلك بعد استحقاق النصف ولم يذكر الهلاك في الدار لأن ذلك لا يتحقق

فإن كان مكان الدار ثلاثة دور متفرقة أو مجتمعة إلا أن كل دار منها على حائط على حدة فأوصى له بسدس ماله أو بسدس الدور والدراهم فاستحق داران منها فله سدس الدراهم وسدس الدار الباقية في الوجهين

أما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلأن الدور كالأجناس المختلفة من حيث أنها لا تقسم قسمة واحدة وإنما تقسم كل دار على حدة وكذلك عندهما لأنهما لا يطلقان القول في الدور أنها تقسم قسمة واحدة

ولكنهما يقولان : إن رأى الإمام النظر في قسمة الدور له أن يفعل ذلك قبل أن يرى النظر في حكم أجناس مختلفة فلذلك قلنا لا يكون للموصى له إلا سدس الباقي

ولو أوصى لرجل بسدس ماله وقد ترك ألف درهم وثلاثة أثواب أحدها هروى والآخر مروى والآخر قوصي فهلك ثوبان منها فله سدس الباقي وكذلك لو كان أوصى له بسدس الثياب وسدس الدراهم لأن الثياب أجناس مختلفة ههنا

(ألا ترى) أن مطلق التسمية لا يثبت دينا في الذمة في شيء من العقود والأجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة وإنما استحق الموصى له سدس كل ثوب بما أوجب له الموصي فبعد هلاك الثوبين لا يستحق من الثوب الباقي إلا سدسه ولو هلك نصف الدراهم أيضا فإن كان أوصى له بسدس ماله فله سدس الباقي

وإن كان أوصى له بسدس الدراهم وسدس الثياب كان له سدس الباقي وثلث الدراهم الباقية لأن في الدراهم وصيته تبقى ببقاء ما بقي منها وقد كان أوصى له منها بسدس وذلك ثلث الدراهم الباقية فيأخذها كلها وهو ما استحق من الثوب الباقي إلا سدسه بما أوجب له الموصي فلهذا لا يأخذ من الثوب الباقي إلا سدسه

وإذا ترك ثلثمائة درهم وعدلا زطيا يساوى ثلثمائة وقد أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث العدل وثلث الدراهم فإن الموصي يقتسمان الثلث بينهما نصفين لاستواء حقيهما فإن ثلث العدل وثلث الدراهم ثلث جميع المال إذ لا مال له سوى هذين النوعين فيكون الثلث بين الموصى لهما نصفين نصف ذلك يأخذه الموصى له بثلث العدل وثلث الدراهم من المالين أولا لأن الموصى له بالثلث شريك الوارث فكما أن حق الموصى له بمال معين مقدم على حق الوارث في التنفيذ في محله فكذلك هو مقدم على حق الموصى له بثلث المال

فإذا أخذ هو سدس العدل وسدس الدراهم خرج من البين ثم يقسم ما بقي بين الموصى له بثلث المال وبين الورثة أخماسا لأن الموصى له يضرب في الباقي بسهم والورثة بحقهم وهو أربعة أسهم فإن ضاع نصف الدراهم قبل موت الموصى أو بعده اقتسما ثلث ما بقي يضرب فيه صاحب ثلث المال بثلاثة أسهم

والآخر بأربعة أسهم في قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – لأن بما هلك من الدراهم يبطل من وصية الموصى له بثلث المال بعض وصيته ولا يبطل من وصية الموصى له بثلث العين شيء وقد بقى من العين مقدار ما أوصى له به وزيادة فإذا حق الموصى له بثلث المال في ثلث المال يوم تقع القسمة وذلك مائة وخمسون والموصى له بثلث العين في المائتين مائة فما بقي من الدراهم ومائة ثلث العدل فيجعل كل خمسين سهما فيكون حقه أربعة أسهم وحق الموصى له بثلث المال ثلاثة أسهم والثلث بينهما على سبعة والثلثان أربعة عشر فيكون جملته أحدا وعشرين للموصى له بثلث العين من ذلك أربعة أسهم يأخذه مقدما على المالين نصفين لأن حقه فيهما سواء ثم يقسم ما بقي من المالين بين الوارث وبين الموصى له بثلث المال على سبعة عشر سهما يضرب الوارث في ذلك بجميع حقه أربعة عشر والموصى له بالثلث في ثلاث

فأما في قياس قول أبي حنيفة – رحمه الله – : فالثلث بينهما نصفان لأن من أصله أن الموصى له بالعين تبطل وصيته فيما زاد على الثلث ضربا واستحقاقا عند عدم إجازة الوراثة فإنما يضرب هو في الثلث بثلث ما بقي من العين وذلك مائة وخمسون وكذلك الموصى له بثلث المال ولهذا كان الثلث بينهما نصفين

(قال) (وإذا ترك الرجل ثلثمائة درهم وجراب هروي يساوي ستمائة درهم وأوصى لأحد رجلين بثلث ماله وللآخر بسدس الجراب وثلث الدراهم فإن الموصى له بثلث المال يضرب في الثلث بثلاثة أسهم ويضرب الموصى له الآخر بسهمين فما أصاب الموصى له بسدس الجراب وثلث الدراهم كان له نصف ذلك في الجراب ونصفه في الدراهم) لأن وصيته بقدر مائتي درهم سدس الجراب وثلث الدراهم ووصية الآخر بثلث جميع المال وذلك ثلثمائة فإذا جعلت كل مائة سهما كان حق الموصى له بثلث المال في ثلاثة أسهم وحق الآخر في سهمين فيكون الثلث بينهما على خمسة والثلثان عشرة حق الورثة فيكون الجملة على خمسة عشر سهمان من ذلك حق الموصى له بالعين بأحدهما أولا من المالين نصفين لأن حقه في المالين على السواء ثم يقسم ما بقي بين الموصى له بالثلث وبين الورثة يضرب فيه الورثة بعشرة والموصى له بالثلث بالثلاثة فتكون القسمة بينهما على ثلاثة عشر سهما

فإن لم يقتسموا شيئا حتى هلك نصف الجراب لم يبطل شيء من وصية الموصى له بالعين فهو يضرب في الثلث بثمانين والموصى له بثلث المال فكذلك يضرب بثمانين وهو ثلث المال حتى تقع القسمة فلهذا كان الثلث بينهما نصفين نصف الثلث للموصى له بالعين يأخذ ذلك من المالين نصفين ثم يقسم الباقي بين الورثة والموصى له بالثلث على خمسة أسهم فإن ضاع كأن ضاع من الدراهم ولم يضع من الجراب شيء ضرب الموصى له بالعين في الثلث بأربعة أسهم وضرب الآخر فيه بخمسة لأن وصيته باقية كلها فهو

يضرب بثمانين والموصى له بالثلث إنما يضرب بثلث الباقي من المال والباقي سبعمائة وخمسون والجراب ونصف الدراهم فثلث ذلك مائتان وخمسون إذا جعلت كل خمسين سهما يكون له خمسة وللآخر أربعة فكان الثلث بينهما على تسعة وجملة المال على سبعة وعشرين للموصى له بالعين من ذلك أربعة أسهم يأخذها أولا من المالين نصفين ثم يقسم ما بقي من المال بين الورثة والموصى له بالثلث على ثلاثة وعشرين سهما لأن الورثة يضربون بجميع حقهم وذلك ثمانية عشر سهما والموصى له بخمسة

(قال) (ولو ترك ثلثمائة درهم وسيفا يساوي مائة درهم وأوصى لرجل بربع ماله وأوصى لآخر بسدس السيف وثلث الدراهم فالثلث بينهما على خمسة أسهم للموصى له بالعين سهمان وللموصى له بالربع ثلاثة أسهم) لأن جملة المال أربعمائة فوصية الموصى له بالربع مائة درهم ووصية الآخر بسدس السيف وذلك ستة عشر وثلثان وسدس الدراهم وذلك خمسون درهما فيكون ذلك ستة وستين

فإذا جعلت تفاوت ما بين الأول والأكثر وهو ثلاثة وثلاثون وثلث بينهما يكون للموصى له بالعين سهما فلذا كان الثلث بينهما على خمسة وجملة المال على خمسون عشر للموصى له بالعين من ذلك سهمان ربع ذلك في السيف وثلاثة أرباعه في الدراهم بحسب وصيته في كل المال ثم الباقي بين الورثة والموصى له بالربع على ثلاثة عشر سهما لأن كل واحد منهما يضرب في الباقي بجميع حقه

فإن لم يقتسموا حتى ضاع مائة درهم كان الثلث بين صاحبي الوصية على سبعة عشر سهما لأن هلاك بعض الدراهم لا يبطل من وصية الموصى له بالعين شيئا فهو يضرب في الثلث بستة وثلاثين والموصى له بالربع إنما يضرب بربع ما بقي وذلك خمسة وسبعون درهما فاجعل تفاوت ما بين الأقل والأكثر وذلك ثمانية وثلث بينهما فيكون حق الموصى له بالعين ثمانية أسهم وحق الموصى له بالربع تسعة

وإن شئت قلت : قد انكسرت المائة بالأثلاث والأرباع فتجعل المائة على اثنى عشر سهما للموصى له بالعين ثلثا ذلك ثمانية أسهم وللموصى له بربع المال ثلاثة أرباع ذلك تسعة

فإذا جمعت بينهما كان تسعة عشر سهما وهو الثلث وجملة المال أحد وخمسون سهما للموصى له بالعين منها ثمانية أسهم ربع ذلك في السيف وثلاثة أرباعه فيما بقي من الدراهم والباقي مقسوم بين الموصى له بالربع وبين الورثة على ثلاثة وأربعين سهما لأن الورثة يضربون بجميع حقهم وذلك أربعة وثلاثون والموصى له بالربع يضرب بتسعة فإن هلك من الدراهم مائة أخرى قبل القسمة فالثلث بين الموصى لهما على سبعة أسهم لأن الموصى له بالعين يضرب بستة وستين وثلثين على حاله والآخر إنما يضرب بربع الباقي وذلك خمسون فإذا جعلت تفاوت ما بين الأول والآخر إنما يضرب والأكثر وذلك ستة عشر وثلثان للموصى

له بالربع ثلاثة وللآخر أربعة فلهذا كان الثلث بينهما على سبعة وجملة المال أحد وعشرون للموصى له بالعين أربعة ربع ذلك في السيف وثلاثة أرباعه فيما بقي من الدراهم والباقي مقسوم بين الآخر والورثة على سبعة عشر سهما لأن الوارث يضرب في الباقي بأربعة عشر والموصى له بالربع بثلاثة

وإذا ترك عبدا يساوى ألف درهم وترك ألفي درهم سواه فأوصى بالعبد لرجل وبثلث ماله لآخر فالثلث بينهما نصفان لأن من أصل أبي حنيفة - رحمه الله - أن القسمة في العبد بينهما على طريق المنازعة فيكون على ستة أيضا خمسة للموصى له بالعبد وسهم للآخر وكل ألف من الألفين يكون على ستة أيضا فللموصى له بالثلث ثلث ذلك أربعة فحصل لكل واحد منهما خمسة فلهذا كان الثلث بينهما نصفين

وعندهما يقسم العبد على طريق العول أرباعا للموصى له بالعبد ثلاثة وللموصى له بالثلث سهم من العبد ثم يجعل كل ألف على ثلاثة باعتبار الأصل إذ ليس فيها عول فيكون للموصى له بالثلث سهمان من الألفين وسهم من العبد فله ثلاثة أيضا فلهذا كان الثلث بينهما نصفين فقد اتفق الجواب مع اختلاف التخريج وقد تقدم بيان هذا في الوصايا فإن لم يقتسموا حتى هلك ألف درهم فالثلث بينهما في قول أبي حنيفة على سبعة أسهم لأن العبد صار على ستة والألف الباقية كذلك على ستة للموصى له بالثلث منها سهمان وله من العبد سهم فهو يضرب في الثلث بثلاثة والموصى له بالعبد بأربعة لأن حقه وإن كان في خمسة إلا أنه إنما يضرب بقدر الثلث وثلث الباقي أربعة فوصيته فما زاد على أربعة تبطل ضربا واستحقاقا كما هو أصل أبي حنيفة - رحمه الله - فلهذا يضرب هو بأربعة أسهم والثلث بينهما على سبعة وجملة المال أحد وعشرون للموصى له من ذلك أربعة أسهم كله في العبد فيأخذه وما بقي من العبد يضم إلى الألف الباقية فيقسم بين الورثة وصاحب الثلث على سبعة عشر سهما يضرب الوارث بأربعة عشر والموصى له بالثلث بثلاثة

وأما على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - فالثلث بينهما على خمسة لأن العبد يصير على أربعة أسهم باعتبار الأصل للموصى له بالثلث سهم ثم الألف الباقية تكون على ثلاثة أسهم باعتبار الأصل للموصى له بالثلث سهم فكان حقه في سهمين وحق الآخر في ثلاثة فلهذا كان الثلث بينهما على خمسة وجملة المال على خمسة عشر للموصى له بالعبد ثلاثة أسهم كله في العبد ثم يقسم ما بقي بين الورثة والموصى له بالثلث على اثنى عشر سهما للموصى له بالثلث سهمان وذلك سدس ما بقي في الحاصل يأخذه من المالين وخمسة أسداس ما بقي للورثة

وإذا ترك عبدا يساوى ألف درهم وترك ألف درهم فأوصى بعتق العبد وأوصى لرجل بثلث الألف فالثلث بينهما يقسم أخماسا للعبد ثلاثة أخماسه بعتق منه ذلك ويسعى فيما بقي لأن الوصية بالعتق غير مقدمة على الوصية الأخرى إنما ذلك في العتق المنفذ باعتبار أنه لا يحتمل الرجوع عنه فأما الوصية بالعتق في احتمال الرجوع عنه كغيره فيضرب العبد في الثلث بقيمته وهو ألف درهم والآخر بثلث الألفين فيكون التفاوت ما بين الأقل والأكثر وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث سهم فيكون للعبد ثلاثة أسهم وللموصى له بثلث الألف سهمان فإذا صار الثلث بينهما على خمسة كان جميع المال على خمسة عشر والمال ثلاثة ألف فكل آلاف على خمسة ثم يسلم للعبد ثلاثة أخماس رقبته وذلك ستمائة ويسعى للورثة في أربعمائة ويأخذ الموصى له بثلث الألفين خمسي الألف وذلك أربعمائة فيبقى للورثة من الألفين ألف وستمائة وقد استوفوا من العبد أربعمائة فيسلم لهم ألفان وقد نفذنا الوصية في ألف هذا إن أدى العبد السعاية

وإن كان مفلسا لا يقدر على أداء ما عليه قسمت الألفان بين الموصى له بثلث الألفين وبين الورثة على ستة لأن ما في ذمة العبد تاو فيعول هو بوصيته ويبقى حق الموصى له بثلث الألفين في أربعمائة وحق الورثة في ألفين فيجعل كل أربعمائة بينهما فيكون حق الورثة خمسة أسهم وحق الموصى له سهما فيأخذ سدس الألفين وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون . وثلث وتبين أن السالم للعبد من رقبته مثل هذا ومثل نصفه وذلك خمسمائة فالمتعين من المال ألفان وخمسمائة وقد نفذنا الوصية لهما في ثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلث وسلم للورثة ضعف ذلك ألف وستمائة وستة وستون وثلثان فاستقام التخريج إلى أن يؤدي العبد السعاية فإذا قدر على ذلك أمسك مقدار وصيته وذلك ستمائة فأدى أربعمائة فيأخذ الموصى له بثلث الألفين من ذلك ستة وستين وثلثين حتى يتم له أربعمائة كمال حقه وتأخذ الورثة ثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا حتى يسلم كمال الألفين وفي الكتاب يقول : ما خرج من السعاية أخذ الموصى له من الورثة مثل سدس الخارج وهذا موافق لما بينا إذا تأملت

وإذا ترك عبدا يساوي ألف درهم وأوصى بعتقه وترك أيضا ألف درهم وأوصى لرجل بثلث ماله وللآخر بسدس الألفين بعينهما فالثلث بينهما على أحد عشر سهما لأن وصية العبد بقيمته وهي ألف فيضرب في الثلث بجميعها وإن كانت أكثر من الثلث لأنه وصية بالبراءة عن السعاية فيكون بمنزلة الوصية بالألف المرسلة يستحق الضرب بجميعها وإن جاوزت الثلث وصاحب ثلث المال وصيته ستمائة وستون وثلثان وصاحب ثلث الألف وصيته مائة وستة وستون وثلثان فيجعل هذا سهما فيكون حقه في سهم واحد وحق صاحب الثلث في أربعة أسهم وحق العبد في ستة أسهم

فإذا جمعت بين هذه السهام كانت أحد عشر وهو الثلث والجملة ثلاثة وثلاثون للعبد من ذلك ستة عشر ونصف يسلم له من ذلك شتة ويسعى في عشرة ونصف والموصى له بسدس الألف يأخذ سهما من ستة عشر ونصف من الألف ويجمع ما بقي فيقسم بين الموصى له بثلث المال وبين الورثة على ستة وعشرين سهما للورثة من ذلك اثنان وعشرون وللموصى له بالثلث أربعة هذا إذا أدى العبد ما عليه من السعاية

فإن لم يقتسموا حتى ضاع نصف الدراهم واستحق نصف العبد قسمت الثلث على ستة أسهم لأن وصية العبد ترجع إلى نصف رقبته وذلك ثلاثة ووصية صاحب الثلث ترجع إلى سهمين لأن ثلث المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ولم ينتقص من وصية صاحب السدس الألف شيء فيكون الثلث بينهم على ستة والمال ثمانية عشر نصف العبد الباقي تسعة يسلم من ذلك ثلاثة وهو ثلث النصف ويسعى في ثلثي النصف ويأخذ الموصى له بسدس الألف من الخمسمائة إلى السعاية فيكون مقسوما بين الورثة والموصى له بالثلث على أربعة عشر سهما للورثة من ذلك اثنا عشر وللموصى له سهمان على قدر سبعة للموصى له بالثلث سبع ذلك ولا فرق بين سهم من سبعة وبين سهمين من أربعة عشر

وقال محمد : في جميع هذه المسائل : إذا أوصى لرجل بشيء بعينه ولآخر بثلث ماله مرسلا قسم الثلث على وصاياهما فيأخذ الموصى له بشيء بعينه حصته من الثلث فيما أوصى له ثم يعطي صاحب الثلث من الذي أوصى به بعينه للرجل مثل ثلث ما أخذ ذلك الرجل وما بقي من حصته جعل فيما بقي من المال لأن وصيته شائعة في المالين جميعا فيجب تنفيذها من كل مال بحصته والله أعلم بالصواب ." (١)

"(وإذا أعتق عبده على مال) كأنت حر على ألف درهم، أو بألف درهم، (فقبل العبد) في المجلس صح و (عتق) العبد في الحال (ولزمه المال) المشروط فيصير دينا في ذمته. وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه، لأنه معاوضة بغير المال فشابه النكاح، وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس، ولا تضر جهالة الوصف لأنها يسيرة، وأما إذا كثرت الجهالة بأن قال (أنت حر على ثوب) فقبل عتق وعليه قيمة نفسه، جوهرة (ولو) علق عتقه بأداء المال بأن (قال: إن أديت إلي ألفا فأنت حر - صح) التعليق. (وصار) العبد (مأذونا)، لأن الأداء لا يحصل إلا بالكسب والكسب بالتجارة فكان إذنا له دلالة (فإن أحضر) العبد (المال) المشروط عليه (أجبر الحاكم المولى على قبضه وعتق العبد) قال في الهداية: ومعنى **الإجبار** فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضا بالتخلية. اهـ.--

---

(١) المبسوط، ٤٩٨/٧

-(وولد الأمة من مولاها الحر)، لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه، وهذا إذا ادعاه المولى (وولدها من زوجها) سواء كان حرا أو مملوكا (مملوك لسيدها) لأن الولد تابع للأم في الملك والرق، إلا ولد المغرور (وولد الحرة من العبد حر) تبعا لأمه كما تبعها في الملك والرق وأمية الولد والكتابة، كما في الهداية.." (١)

" النكاح وهو أن يقول لامرأة خالية من الموانع أتمتع بك كذا مدة عشرة أيام مثلا أو يقول أياما أو متعيني نفسك أياما أو عشرة أيام أو لم يذكر أياما بكذا من المال كذا في فتح القدير والنكاح المؤقت باطل كذا في الهداية ولا فرق بين طول المدة وقصرها على الأصح ولا بين المدة المعلومة والمجهولة كذا في النهر الفائق قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني وكثير من مشايخنا قالوا إذا سميا ما يعلم يقينا أنهما لا يعيشان إليه كألف سنة ينعقد ويبطل الشرط كما لو تزوجها إلى قيام الساعة أو خروج الدجال أو نزول عيسى عليه السلام وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في المحيط ولو تزوجها مطلقا وفي نيته أن يقعد معها مدة نواها فالنكاح صحيح كذا في التبيين ولو تزوجها على أن يطلق بعد شهر فإنه جائز كذا في البحر الرائق ولا بأس بتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يقعد معها نهارا دون الليل كذا في التبيين ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا في حال الإحرام وكذا تزويج الولي المحرم موليته ومن ادعت عليه امرأة نكاحها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وأن تدعه يجامعها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله تعالى لا يسعه أن يطأها كذا في الهداية ثم يجعل قضاء القاضي إنشاء ولهذا يشترط أن تكون المرأة محلا للإنشاء حتى لو كانت ذات زوج أو في عدة غيره أو مطلقة منه ثلاثا لا ينفذ قضاؤه ويشترط حضور الشهود عند القضاء في قول العامة هكذا في التبيين وكذا لو ادعى عليها النكاح فحكمه كذلك وكذلك لو قضى بالطلاق بشهادة الزور مع علمها حل لها التزوج بآخر بعد العدة وحل للشاهد تزوجها وحرمت على الأول وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا تحل للأول ولا للثاني وعند محمد رحمه الله تعالى تحل للأول ما لم يدخل بها الثاني فإذا دخل بها حرمت عليه لوجوب العدة وأما الثاني فلا تحل له أبدا كذا في البحر الرائق ادعى رجل على امرأة نكاحا فجحدت فصالحها على مائة على أن تقر بذلك فأقرت فهذا المال لازم وهذا الإقرار بمنزلة إنشاء النكاح فإن كان بمحضر من الشهود صح النكاح ووسعها المقام مع زوجها فيما بينها وبين ربها وإلا لا ينعقد النكاح ولا يسعها المقام مع زوجها هو الصحيح كذا في المحيط الباب الرابع في الأولياء تثبت الولاية بأسباب أربعة بالقرابة والولاء والإمامة والملك كذا

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣٠٣

في البحر الرائق وأقرب الأولياء إلى المرأة الابن ثم ابن الابن وإن سفل ثم الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا كذا في المحيط فإذا كان للمجنونة أب وابن أو جد وابن فالولاية للابن عندهما وعند محمد رحمه الله تعالى للأب كذا في السراج الوهاج والأفضل أن يأمر الأب الابن بالنكاح حتى يجوز بلا خلاف كذا في شرح الطحاوي ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب وإن سفلوا ثم العم لأب وأم ثم العم لأب ثم ابن العم لأب وأم ثم ابن العم لأب وإن سفلوا ثم عم الأب لأب وأم ثم عم الأب لأب ثم بنوهما على هذا الترتيب ثم عم الجد لأب وأم ثم عم الجد لأب ثم بنوهما على هذا الترتيب ثم رجل هو أبعد العصبات إلى المرأة وهو ابن عم بعيد كذا في التتارخانية وكل هؤلاء لهم ولاية **الإجبار** على البنت والذكر في حال صغرهما وحال كبرهما إذا جنا كذا في البحر الرائق ثم مولى العتاقة يستوي فيه الذكر والأنثى ثم عصبة المولى كذا في التبيين وعند عدم العصبة كل قريب

(١) ".

" ترك على صاحبه فلا يكون المقبوض عين حقه ولهذا يكون لكل واحد أن يأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه ويجبر الآبي منهما على القسمة ومعنى المبادلة في غير ذوات الأمثال أرجح وأظهر فيكون مبادلة حقيقة وحكما كما في القرض فكانت القسمة في ذوات الأمثال إفرازا لعين الحق حكما ولهذا لا يجوز أن يبيعه مرابحة على الثمن الأول وفي ذوات الأمثال يجوز إلا أنه يجبر الآبي منهما على القسمة لما فيها من تكميل المنفعة ويجوز **الإجبار** على المبادلة بحق مستحق للغير لا يتوصل إلا به كما أجبر المشتري على تسليم الدار إلى الشفيع وإن كان التسليم إليه معاوضة وكالعديم يجبر على بيع ماله لإيفاء الدين كذا في محيط السرخسي وأما سببها فطلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص كذا في التبيين وأما ركنها فهو الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدد في العدديات كذا في النهاية وأما شرطها فمشاع لا تتبدل منفعته بالقسمة ولا تفوت لأن الإفراز لتكميل المنفعة وتتميم ثمرة الملك فمتى تبدلت المنفعة أو فاتت كانت تفويتا وتبديلا لا إفرازا وتقسيما كذا في محيط السرخسي وأما حكمها فتعيين نصيب كل واحد منهم من نصيب صاحبه بحيث لا يبقى لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه كذا في التبيين القسمة في الأموال المشتركة نوعان قسمة أعيان وقسمة منافع وهي المهايأة ثم الأعيان تارة تكون مما لا ينقل كالدور والعقار

(١) الفتاوى الهندية، ٢٨٣/١

وتارة تكون مما ينقل كالعروض والحيوانات والحبوب من المكيلات والموزونات وغير ذلك وقد تكون القسمة بتراضي الشركاء كلهم وقد تكون برضاء البعض وذلك إلى القاضي وأمينه كذا في الينابيع الباب الثاني في بيان كيفية القسمة سفل بين رجلين علوه لغيرهما أو علو سفله لغيرهما فأراد القسمة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجعل بمقابلة خمسين ذراعا من ساحة السفل ومائة ذراع من ساحة العلو وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى بمقابلة كل ذراع ذراع وإن كان بينهما بيت لسفله علو وسفل لا علو له بأن كان علوه لغيرهما وعلو لا سفل له فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجعل بإزاء مائة ذراع من العلو الذي لا سفل له ثلاثة وثلاثون ذراعا وثلث من البيت الكامل لأن العلو عنده مثل نصف السفل كما في الفصل الأول وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يجعل بإزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل ذراع من السفل الذي لا علو له أو مائة ذراع من العلو الذي لا سفل له لأن العلو والسفل عنده سواء ومحمد رحمه الله تعالى في ذلك كله يعتبر المعادلة بالقيمة وعليه الفتوى كذا في المبسوط ولو اقتسموا دارا وفيها كنيف شارع إلى الطريق الأعظم أو ظله لم يحسب ذرعهما في ذرع الدار لأن الظلة والكنيف ليس لهما حق القرار لما كانا مبنيين على طريق العامة بل هما مستحقا النقض والمستحق للنقض كالمنقوض ولكن يقوم على من وقع في حيزه ولا يحسب في ذرعان الدار فإن كانت الظلة على طريق غير نافذ احتسب بذرعها في ذرع الدار كذا في محيط السرخسي وإذا مات الرجل وترك أرضين أو دارين فطلب ورثته القسمة على أن يأخذ كل واحد منهم نصيبه من كل الأرضين أو الدارين جازت القسمة وإن قال أحدهم للقاضي اجمع نصيبي من الدارين والأرضين في دار واحدة وفي أرض واحدة وأبى صاحبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقسم القاضي كل دار وكل أرض على حدة ولا يجمع نصيب أحدهم في دار واحدة ولا في أرض واحدة وقال صاحباه الرأي للقاضي إن رأى الجمع يجمع وإلا فلا فإن كانت الداران في مصرين لم يذكر هذا في الكتاب قالوا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجمع نصيب أحدهما في دار واحدة سواء كانتا في مصرين أو في مصر واحد متصلتين كانتا أو منفصلتين وروى هلال عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجمع في المصرين والدور المختلفة بمنزلة أجناس مختلفة وإن كان بين الرجلين

". (١)

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢٠٤/٥

" البيع مشروطا في عقده أجبر وإن بعد تمام الرهن فعن الثاني وبه أخذ بعض المشايخ يجبر كذا في الوجيز للكردري وهو الصحيح كذا في محيط السرخسي وقيل لا يجبر وبه أخذ شيخ الإسلام وتفسير الجبر أن يحبس العدل أياما فإن لج يجبر الراهن على البيع فإن امتنع باع الحاكم بنفسه قيل هذا قولهما بناء على بيع الحاكم مال المديون إذا امتنع وقيل هذا قول الكل وهو الصحيح كذا في الوجيز للكردري ثم إذا أجبر على البيع وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الإجبار لأن الإجبار وقع على قضاء الدين بأي طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وإنما البيع طريق من طرقه كذا في التبيين ارتد العدل ثم باع الرهن ثم قتل على ردته فبيعه جائز ولو لحق بدار الحرب ثم رجع مسلما فهو على وكالته قيل هذا إذا عاد قبل القضاء بلحوقه أما بعده فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يعود وكيلا وعند محمد رحمه الله تعالى يعود وقيل بالاتفاق يعود وكيلا وهو الأصح كذا في محيط السرخسي وإذا ارتد الراهن والمرتهن فلحقا بدار الحرب أو قتلا على الردة ثم باع العدل الرهن جاز بيعه كذا في المبسوط وإذا مات الراهن والمرتهن أو أحدهما فالعدل على حاله في إمساك الرهن وبيعه كذا في محيط السرخسي ولو مات الراهن لا يبطل التسليط على البيع إن كان مشروطا في عقد الرهن ولو لم يكن فكذلك عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى العدل يخالف الوكيل بالبيع المفرد من أربعة أوجه أحدها أن العدل يبيع الولد ويجبر على البيع إما على الوفاق أو على الخلاف ولا ينعزل بعزل الراهن على الوفاق أو على الخلاف ولا ينعزل بموت الراهن على الوفاق أو على الخلاف وهذه الأحكام غير ثابتة في حق الوكيل بالبيع المفرد وفيما عدا هذه الأحكام العدل والوكيل بالبيع المفرد على السواء كذا في الذخيرة وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد أو في العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه كذا في البدائع ولو كان غير العدل مسلطا على بيع الرهن فمات تبطل الوكالة هكذا في الظهيرية وللوكيل أن يبيعه بعد موت الراهن بغير محضر من ورثة الراهن كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه كذا في الكافي العدل المسلط على البيع إذا باع بعض الرهن بطل الرهن في الباقي كذا في السراجية ولو وكل العدل وكيلا فباعه بحضرة العدل جاز وإن كان غائبا لم يجز إلا أن يجيزه ولو ذكر العدل ثمنا فباعه به جاز كذا في خزانة المفتين وإذا كان العدل اثنين وقد سلطا على البيع فباع أحدهما لم يجز لأن البيع يحتاج فيه إلى الرأي ورأي الواحد لا يكون كرأي المثنى فإن أجاز الآخر جاز وكذلك إن أجازه الراهن والمرتهن كما لو باعه فضولي آخر وأجاز الراهن والمرتهن وإن أجاز أحدهما دون الآخر لا يجوز وكذلك لو باعه أجنبي وأجاز الراهن أو المرتهن لم يجز وإن أجازاه جميعا وأبى العدل جاز لأن الحق لهما كذا في المبسوط رجل رهن شيئا بدين مؤجل وسلط العدل على بيعه إذا حل الأجل فلم

يقبض العدل الرهن حتى حل الأجل فالرهن باطل والوكالة بالبيع باقية كذا في فتاوى قاضي خان وإذا ارتهن الرجل دارا وسلط الراهن رجلا على بيعها ودفع الثمن إلى المرتهن ولم يقبضها المرتهن حتى حل المال لم يكن

". (١)

"قال (ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح) إجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز عندنا (خلافا للشافعي) وهو مذهب ابن أبي ليلى .له أن الصغيرة إذا كانت بكرا تزوج كرها فكذا البالغة ، والجامع بينهما الجهالة بأمر النكاح لعدم التجربة (ولهذا) أي ولكونها جاهلة بأمر النكاح (يقبض الأب صداقها بغير أمرها ، ولنا أنها حرة مخاطبة) لأن الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك (لا يكون للغير عليها ولاية) وقوله (والولاية على الصغيرة) جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارقة ، وذلك لأن الولاية على الصغيرة إنما كانت (لقصور عقلها) وفيما نحن فيه ليس بموجود لأنه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الإجبار عليها كالإجبار على الغلام ، فإن كان صغيرا جاز لقصور العقل ، وإن كان بالغا لا يجوز وصار كالتصرف في المال : أي في مال البكر البالغة فإنه لا يجوز للأب التصرف فيه .وقوله .(وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة) جواب عن قوله ولهذا يقبض الأب صداقها .ووجه ذلك أن الظاهر أن البكر تستحي عن قبض صداقها وأن الأب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعث بها إلى زوجها فكان ذلك إذنا دلالة (ولهذا لا يملك مع نهيها) لأن الدلالة تبطل بصريح يخالفها .." (٢)

"قوله (ذكر تزويج المولى) يعني ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى (عبده وأمته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع إلى مذهبنا أن للمولى إجبارهما على النكاح) ومعنى الإجبار أن المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ .وقوله (لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو النقصان) يعني أنه إذا حد ربما يقع الحد مهلكا أو جارحا ؛ ففي الأول هلاك ماله ، وفي الثاني نقصانه ، فإنه إذا اشترى عبدا قد حد في الزنا فله أن يرده فيملك الإنكاح جبرا اعتبارا بالأمة ، والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك أو النقصان ، وليس المناط في جواز إنكاح الأمة جبرا تملك منافع بضعها

---

(١) الفتاوى الهندية، ٤٤٢/٥

(٢) العناية شرح الهداية، ٤٠٧/٤

لأنه لا يطرد مع الإجبار ولا ينعكس ، فإن الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها ، والولي يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا .فإن قيل : لو كان الإجبار باعتبار تحسين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة ولم يجز ، أجاب بقوله (بخلاف المكاتب والمكاتبة) فإن الملك لما كان فيهما ناقصا بواسطة تمليكهما اليد (التحقا بالأحرار تصرفا فيشترط رضاهما) وهاهنا فرع لطيف .وهو أن المولى إذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لأنها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على الكتابة ثم إنها لو لم ترد حتى أدت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على إجازة المولى لا على إجازتها لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة." (١)

"(فصل) جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو في محزه ظاهر مذهب أصحابنا أن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق ، وأما في الدواب فيفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالإنفاق عليها ، وفي غير الدواب كالدور والعقار فإنه لا يفتى به ، أيضا إلا أنه إذا كان فيه تضييع المال كان ترك الإنفاق مكروها ، وكلامه واضح ، وفرق بين نفقة الزوج والمملوك في أن المولى إذا امتنع عن الإنفاق وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك ، والزوج إذا عجز عن الإنفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بأن في الإجبار على البيع زوال ملك المولى إلى خلف وهو الثمن ، وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا إلى خلف لأن نفقة المملوك لا تصير دينا على المولى بحال من الأحوال ، وأما في النكاح ففي الإجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف ، وفي عدمه فوات حق المرأة في الحال إلى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينا على الزوج فكان تأخيرا .وقوله على ما ذكرنا إشارة إلى قوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد وكان بالدفع أولى (وعن أبي يوسف أنه يجبر) وهو قول الشافعي ، وقاساه على الرقيق ، والأصح ما قلنا : يعني من عدم الجبر لأن إجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لا بد له من مقضي له وهو من أهل الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من أهل أن يستحق حقا على المولى." (٢)

"(وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضا بالتخلية .وقال زفر رحمه الله : لا يجبر على القبول وهو القياس ؛ لأنه تصرف يمين إذ هو

---

(١) العناية شرح الهداية، ٧٠/٥

(٢) العناية شرح الهداية، ٢٦٢/٦

تعليق العتق بالشرط لفظا ، ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان ؛ لأنه لا استحقاق قبل وجود الشرط ، بخلاف الكتابة ؛ لأنه معاوضة والبدل فيها واجب .ولنا أنه تعليق نظرا إلى اللفظ ومعاوضة نظرا إلى المقصود ؛ لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ، ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ، ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء ، وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول ، فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض .ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي .ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه ؛ لأنه مأذون من جهته بالأداء منه ، ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس ؛ لأنه تخيير ، وفي قوله إذا أديت." (١)

"وقوله (وفي سائر الحقوق) يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما أشبهها .وقوله (أنه) يعني المولى (ينزل قابضا بالتخلية) برفع المانع سواء قبض أو لم يقبض ، وليس المراد **بالإجبار** ما هو المفهوم منه عند الناس من الإكراه بالضرب أو الحبس ، وقوله (إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا) احتراز عن الكتابة فإنها ليست بتعليق لفظي ، فإنه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي .لعدم ألفاظ الشرط فيه .وقوله (ولهذا لا يتوقف على قبول العبد) توضيح لكونه تصرف يمين .وقوله (ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان) متصل بقوله لأنه تصرف يمين .وقوله (لأنه لا استحقاق) تقريره : لا جبر إلا باستحقاق ولا استحقاق (قبل وجود الشرط) ولهذا يمكنه البيع قبل الأداء .وقوله (بخلاف الكتابة) متصل بقوله إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا .وقوله (لأنه) أي لأن عقد الكتابة (معاوضة والبدل فيها واجب) فكان الجبر بعد الاستحقاق (ولنا أنه تعليق نظرا إلى اللفظ) كما ذكرنا (ومعاوضة نظرا إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ) بأن يقول إن أديت إلي ألفا

---

(١) العناية شرح الهداية، ٦/٣٨٧

فأنت طالق (حتى) لو طلقها بهذه الصفة (كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون." (١)

"بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول ، لأنه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا إلى اللفظ ومعاوضة نظرا إلى المقصود عملنا بالشبهين : شبه التعليق في حالة الابتداء وشبه المعاوضة في حالة الانتهاء .كما في الهبة بشرط العوض فإنها هبة ابتداء حتى لم تجز في المشاع ، واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة في العقار ويرد بالعيب ، ولو أدى البعض يجبر على القبول لأن الذي أتى به بعض تلك الجملة ، فإذا ثبت الإجبار على قبول الكل ثبت في البعض كما في الكتابة ، وهذه رواية الزيادات ، وقيل هو استحسان .وما ذكر في مبسوط شيخ الإسلام أنه لا يجبر على قبول البعض لأن معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث إنه عتق بما أداه إلى المولى ، وإنما يعتق بأداء الجميع ، فما لم يوجد أداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس ، لا أنه بأداء البعض لا يعتق ما لم يؤد ال كل لعدم الشرط ، كما إذا حط البعض وأدى البعض الباقي ، لأن الشرط وجود الجميع ، فإذا لم يوجد بعضه كان كما إذا لم يوجد كله ، وإذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا ، بخلاف الكتابة لأن المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق إبراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أو البعض ، ولو أدى ألفا اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق ، أما الرجوع عليه بألف أخرى مثلها فلأن الألف التي أداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود بأدائه لأن مقصوده أن يحثه على." (٢)

"الأوثان من العرب والمرتدين (فنساؤهم وصبيانهم فيء) إلا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام دون ذراري عبدة الأوثان ونسائهم ، لأن الإجبار على الإسلام إنما يكون بعد ثبوت حكم الإسلام في حقه ، وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعا لآبائهم فيجبرون عليه .والمرتدات كن مقرات بالإسلام فيجبرن عليه ، بخلاف ذراري العبدة ونسائهم .وحنيفة أبو حي من العرب ، وقيل المراد ببني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب (وقوله لما ذكرنا) إشارة إلى قوله فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة .." (٣)

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٨٩/٦

(٢) العناية شرح الهداية، ٣٩١/٦

(٣) العناية شرح الهداية، ٩٧/٨

"قال (ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى ، فإن أسلم عادت على حالها ، قالوا : هذا عند أبي حنيفة ، وعندهما لا يزول ملكه) ؛ لأنه مكلف محتاج ، فإلى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص .وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ، ولا قتل إلا بالحراب ، وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته ، غير أنه مدعو إلى الإسلام **بالإجبار** عليه ويرجى عوده إليه فتوقفنا في أمره ، فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب ، وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه .s." (١)

"قال (ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى) أي موقوفا إلى أن يتبين حاله ، فإن أسلم عادت على حالها ، قالوا) أي المشايخ (هذا عند أبي حنيفة ، وعندهما لا يزول لأنه مكلف محتاج) وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لأنه لا يتمكن من إقامة موجب التكليف إلا بالملك ، فيبقى ملكه (إلى أن يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص) والجامع أن كلا منهم مكلف مباح الدم (وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا) بدليل أنه يقتل (ولا قتل إلا بالحراب) فكان القتل هاهنا مستلزما للحراب لأن نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا لا يقتل الأعمى والمقعد والشيخ الفاني ، وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه وهو كونه حربيا (وهذا) أي كونه حربيا مقهورا تحت أيدينا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) لأن المقهورية أمارة المملوكية ، فإذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته ، وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال (غير أنه مدعو إلى الإسلام **بالإجبار** عليه وعوده مرجو) وذلك يوجب بقاء المالكية لأنه حي مكلف يحتاج إلى ما يتمكن به من أداء ما كلف به ، فبالنظر إلى الأول يزول ملكه ، وبالنظر إلى الثاني لا يزول (فتوقفنا في أمره) وقلنا بزوال موقوف (فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب ، وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل." (٢)

"قال (ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري البينة) فإن حلف البائع دفع إليه الثمن ، وإن أقام المشتري البينة فهو إن شاء يدفع الثمن أو المبيع .واستشكل هذه العبارة لأنه جعل غاية عدم **الإجبار** إما يمين البائع أو بينة المشتري ، وذلك بالنسبة إلى الأولى صحيح ، لأن باليمين يتوجه **الإجبار** ، وبالنسبة إلى الثاني ليس بصحيح لأن بإقامة البينة يستمر

---

(١) العناية شرح الهداية، ٨/١٢٩

(٢) العناية شرح الهداية، ٨/١٣٠

عدم الإجبار لا ينتهي به .وأجابوا بأوجه : بأنه من باب : علفتها تبنا وماء باردا تقديره وسقيتها ماء باردا ، وبأن يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم : أي حكم الإجبار أو حكم عدم الإجبار لأن كل واحد من الحلف وإقامة البينة حكم من الأحكام ، وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها تبنا أنه بمعنى أطعمتها ، فإنه يستعمل في السقي كما يستعمل في الطعم في معنى الشرب ، قال تعالى ﴿ ومن لم يطعمه فإنه مني ﴾ أي ومن لم يشربه وبأن الانتظار مستلزم لعدم الإجبار ، وذكر اللازم وإرادة الملزوم كناية .والحق أن الاستشكال إنما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم (قوله لأنه أنكر وجوب دفع الثمن) تعليل لعدم الإجبار لأن المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه بدعوى العيب ، وإنكار تعين الحق إنكار علة وجوب دفع الثمن ، لأن وجوب دفع الثمن أولا ليس إلا لتعين حق البائع." (١)

"باب الشهادة على الشهادة : الشهادة على الشهادة فرع شهادة الأصول فاستحقت التأخير في الذكر ، وجوازها استحسان ، والقياس لا يقتضيه لأن الأداء عبادة بدنية لزمت الأصل لاحقا للمشهود له لعدم الإجبار ، والإنابة لا تجري في العبادات البدنية إلا أنهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج إليها ؛ لأن الأصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض ، فلو لم يجز لأدى إلى إتواء الحقوق ولهذا جوزت وإن كثرت : أعني الشهادة على الشهادة وإن بعدت (إلا أن فيها شبهة) أي لكن فيها شبهة البدلية ؛ لأن البدل لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل وهذه كذلك .واعترض بأنه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهم لعدم جوازه بين البدل والمبدل ، لكن لو شهد أحد الشاهدين وهو أصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز .وأجيب بأن البدلية إنما هي في المشهود به ، فإن المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الأصول ، والمشهود به بشهادة الأصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي ، وإذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الأصول فلم يمتنع إتمام الأصول بالفروع ، وإذا ثبتت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال .وقوله (أو من حيث إن فيها زيادة) احتمال معطوف على قوله من حيث البدلية : يعني أن فيها شبهة من حيث إن فيها زيادة احتمال ، فإن في شهادة الأصول تهمة الكذب لعدم العصمة ، وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم." (٢)

---

(١) العناية شرح الهداية، ٥٩/٩

(٢) العناية شرح الهداية، ١٣/١١

"يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ، ولو اشترياه واقتسماه جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن .ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر .ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة .وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ، ولما استشعر أن يقال : لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر الآبي على القسمة في ذلك .أجاب بقوله : إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد ، ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لأنها مما يجري فيه الجبر ، كما في قضاء الدين فإن المديون يجبر على القضاء مع أن الديون تقضى بأمثالها فصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته ، وهذا جبر في المبادلة قصدا وقد جاز فلأن يجوز بلا قصد إليه أولى ، وهذا لأن أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته ، فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون **الإجبار** على غيره ؛ وإن كانت من أجناس مختلفة كالإبل والبقر والغنم لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ، ولو تراضوا على ذلك جاز لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط." (١)

"(فصل في كري الأنهار) لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذكر مؤنة كري الأنهار التي كان الشرب منها .ولكن لما كانت مؤنة الكري أمرا زائدا على النهر إذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام أخر ذكره .ووجه الحصر في الثلاثة ظاهر ، لأن النهر إما أن يكون عاما من كل وجه أو خاصا كذلك ، أو عاما من وجه خاصا من وجه .أما الأول فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة ، وأما الآخر فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفة وقد تقدم ذلك فيها .وقوله (إلا أنه يخرج له) أي للكري من كان يطيقه : أي الذي يقدر على العمل (ويجعل مؤنته) أي مؤنة من يطيقه على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فإنه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الأغنياء .وقوله (ويقابله عوض) يعني حصة من الشرب فلا يعارض به ، أي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص ، بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ، ويجب السعي في إعدامه وإن بقي الضرر الخاص .وقوله (خيفة الانبثاق) يقال بثق السيل موضع كذا : أي خرقه وشقه .وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٤/٣٠

لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخلوص .ثم قيل : يجبر الآبي كما في الثاني وهو قول أبي بكر الإسكاف رحمه الله : وقيل لا يجبر وهو قول أبي بكر بن أبي سعيد البلخي رحمه الله .وقوله (فاستوت الجهتان) يعني في الخصوص ، بخلاف ما تقدم وهو **الإجبار** في النهر الثاني ، فإن من أبى من أهله." (١)

" ٣ (٥٣٥) (فصل : ولا تصح الوصية) إلا في) تصرف) معلوم) ليعلم الوصي ما وصى به إليه ليتصرف فيه كما أمر) يملك) الموصي) فعله) أي : ما وصي فيه لأنه أصل والوصي فرعه ولا يملك الفرع ما لا يملكه الأصل) كإمام) أعظم يوصي) بخلافه) كما وصى أبو بكر لعمر وعهد عمر إلى أهل الشورى و) ك) أن يوصي مدين في) قضاء دين) عليه) و) كالوصية في) تفريق وصية ورد أمانة وغصب (وعارية) ونظر في أمر غير مكلف) رشيد من طفل ومجنون وسفيه) وحد قذف) لأن الوصي يتصرف بالإذن فلم يجز إلا في معلوم يملكه الموصي كالوكالة و) يستوفيه لنفسه) أي : للموصى نفسه) لا لموصى إليه) لأن الموصى يملك فعل ذلك فملكه وصية كوكيله | ويصح الإيصاء) بتزويج مولياته) كبناته ولو كن دون تسع) ويقوم وصي مقامه) أي : مقام الموصي) في **الإجبار**) كالأب لأنه نائبه كوكيله ويأتي في باب أركان النكاح مفصلا | تنبيه : ليس للوصى قضاء الدين إلا إذا ثبت ببينة إذ لا يقبل قول الوصي ولا مدعي الدين بغير بينة غير ما يأتي التنبيه عليه فأما الوصية بالنظر على ورثته في أموالهم فإذا كان الموصي ذا ولاية عليهم في المال كأولاده الصغار والمجانين ومن لم يؤنس رشده منهم فله أن يوصي فيمن ينظر في أموالهم بحفظها ويتصرف لهم فيها بما لهم الحظ فيه لقيام وصية مقامه | و) لا) تصح الوصية من) المرأة على أولادها ولا) من الموصي على) من لا ولاية له عليهم) كالعقلاء الرشيدين من أولاده و) كأولاد ابنه) وغيرهم كإخوته مطلقا وأعمامه وبنيهم وبناتهم كذلك وسائر من عدا أولاده لصلبه فلا تصح الوصية عليهم إذ لا ولاية لغير الأب كما تقدم |) ولا) تصح الوصية) باستيفاء دين مع رشد وارثه ولو مع غيبته) أي :

". (٢)

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٣٥/١٤

(٢) مطالب أولي النهى، ٥٣٥/٤

" الميت (مال (بعد ذلك (يخرجون) أي : الستة (من ثلثه عتق من أرق منهم من حين العتق) أي : من حين أعتقهم الميت لأن تصرف المريض في ثلثه نافذ وقد بان أنهم ثلث ماله وخفاء ما يظهر من المال علينا لا يمنع كون العتق موجودا من حينه (وتصرفهم) نافذ (ك) تصرف (حر) وما كسبوه بعد عتقهم لهم وإن تصرف فيهم وارث ببيع أو غيره فتصرفه باطل لأنه تصرف في حر من غير ولاية عليه (وإلا) جزءا يظهر له مال غيرهم ولا دين (جزأناهم ثلاثة) أجزاء (كل اثنين جزءا وأقرعنا بينهم بسهم بحرية وسهمي رق فمن خرج له) منهم (سهم الحرية عتق ورق الباقون) لحديث عمران بن حصين : أن رجلا من الأنصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم فجزأهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق اثنين وأرق أربعة (١)

١- (رواه مسلم وأبو داود وسائر أصحاب السنن ورواه الإمام أحمد بإسناده عن أبي زيد الأنصاري الصحابي وروي نحوه عن أبي هريرة مرفوعا | ولأن العتق حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة **الإجبار** إذا طلبها أحد الشركاء والوصية لا ضرر في تفريقها بخلاف مسألتنا وإن سلمنا مخالفته لقياس الأصول فرسول الله صلى الله عليه وسلم : واجب الاتباع سواء وافق نصه القياس أو لا | هذا إن تساووا في القيمة فإن اختلفت كستة قيمة اثنين ثلاثمائة ثلاثمائة واثنين مائتان مائتان واثنين مائة مائة جعلت الاثنين اللذين قيمتهما أربعمائة جزءا وكل واحد من الأولين جزءا وقس على ذلك هذا إن أعتقهم دفعة فإن أعتقهم واحدا بعد آخر فإنه يبدأ بالأول فالأول خلافا للمبدع هنا | (وإن كانوا) أي : العتقاء دفعة في المرض (ثمانية) وقيمتهم سواء ولم يخرجوا من ثلثه ولم تجز الورثة عتقهم (فإن شاء أقرع بينهم بسهمي حرية وخمسة) أسهم (رق وسهم لمن ثلثاه حر) لأن الغرض خروج الثلث بالقرعة فكيف اتفق حصل ذلك الغرض (وإن شاء جزأهم أربعة) أجزاء (وأقرع

(١) ".

" على أن الاستئمار هنا والاستئذان في الحديث السابق مستحب غير واجب . (ويسن استئذانها) أي : البكر إذا تم لها تسع سنين ؛ لما سبق (مع) استئذان (أمها) لحديث ابن عمر : ﴿ آمروا النساء في بناتهن ﴾ . رواه أبو داود (ويؤخذ بتعيين بنت تسع فأكثر ، ولو) كانت (مجبرة كفئا ، لا بتعيين أب) أو وصيه نصا ، فإن عينت غير كفء ، قدم تعيين الأب (فإن امتنع) المجبر من تزويجها من عينته بنت

---

(١) مطالب أولي النهى، ٧١٩/٤

تسع فأكثر ؛ فهو عاضل (سقطت ولايته) ويفسق به إن تكرر على ما يأتي ، ولا يجوز لسائر الأولياء غير الأب تزويج حرة بالغة ثيبا كانت أو بكرا ، إلا بإذنها ، للحديث السابق . (و) يجبر أب (مجنونة ولو كانت (بلا شهوة أو) كانت (ثيبا أو بالغة) لأن ولاية الإجبار انتفت عن العاقلة بخبرة نظرها لنفسها ، بخلاف المجنونة . (ويزوجها) أي : المجنونة (وليها مع شهوتها) مجبرا كان أو غير مجبر ؛ لأن لها حاجة إلى النكاح ؛ لدفع ضرر الشهوة عنها ، وصيانتها عن الفجور ، وتحصيل المهر والنفقة والعفاف ، وصيانة العرض ، ولا سبيل إلى إذنها ، فأبيح تزويجها كالبنت مع أبيها . (وتعرف) شهوتها (بكلامها و) قرائن أحوالها (بتتبعها الرجال وميلها إليهم) وهذا مما لا يخفى (وكذا لو قال أهل الطب) – ولعل المراد ثقة منهم إن تعذر غيره ، وإلا فاثنان على ما يأتي في الشهادات – (إن : علتها تزول بتزويجها) فلكل ولي تزويجها ؛ لأن ذلك من أعظم مصالحها (ولو لم يكن لها) أي : المجنونة ذات الشهوة ، ونحوها (ولي إلا الحاكم ؛ زوجها) لما سبق . (ويجبر) أب (ابنا صغيرا) أي : غير بالغ ؛ لما روي أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير ، فاختصموا إلى زيد فأجازه جميعا . رواه الأثرم . وله تزويجه أكثر من واحدة ، إن رآه مصلحة ، وليس للوصي تزويج الصغير بأكثر من واحدة ؛ لأنه تزويج لحاجة ، والكفاية تحصل بذلك ، لا أن تكون غائبة أو صغيرة طفلة وبه حاجة ، فيجوز أن يزوجه ثانية . قاله القاضي في المجرد . (و) يجبر

". (١)

" ، فكذلك يزوجون ؛ وإذا اجتمع ابن معتقة وأبوها (فابن أحق) بتزويج عتيقة أمه (من أب المعتقة) ؛ لأن ابن المولاة أقرب من أبيها ؛ لأن الولاية بمقتضى ولاء العتق ، والولاء يقدم فيه الابن على الأب . تنبيه : ويعتبر في أحقية ابن المعتقة الولاية من أبيها شرطان : أحدهما : عدم العصبة من النسب ؛ لأن المناسب أقرب من المعتق وأولى منه . الثاني : إذن المزوجة ؛ لأنها حرة ، وليس له ولاية إجبار . فإنه أبعد العصبات ، ولا يفتقر إلى إذن مولاتها ؛ لأنه لا ولاية لها ولا ملك ؛ فأشبهت القريب الطفل إذا زوج البعيد ، (و) قيل : إنه (يجبر العتيقة) أي : عتيقة المرأة (من يجبر مولاتها) على النكاح ، فلو كانت العتيقة بكرا ولمولاتها أب أجبرها كمولاتها . قال الزركشي : وهو بعيد جدا . وقال عن عدم الإجبار : إنه الصحيح المقطوع به عند صاحب ' المغني والشرح وغيرهما . قال في ' الإنصاف ' وهو كما قال في الكبيرة ، يعني

---

(١) مطالب أولي النهى، ٥/٥٤

إذا كانت العتيقة كبيرة فلا إجبار ، بخلاف الصغيرة التي لم يتم لها تسع سنين ، ولذلك اقتصر على التمثيل بها في ' شرح المنتهى ' . (والأحق بإنكاح حرة) من الأولياء (أبوها) لأن الولد موهوب لأبيه . قال تعالى : ﴿ ووهبنا له يحيى ﴾ وقال إبراهيم : ﴿ الحمد لله الذي وهب لي على الكبر إسماعيل وإسحق ﴾ وقال عليه الصلاة والسلام ﴿ : أنت ومالك لأبيك ﴾ وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ، ولأن الأب أكمل شفقة وأتم نظرا ، بخلاف الميراث ، بدليل أنه يجوز أن يشتري لها من ماله وله من مالها (فأبوه وإن علا) لأن الجد له إيلاد وتعصيب ، فيقدم على الابن وابنه كالأب ، فإن اجتمع أجداد فأولاهم أقربهم كالجد مع الأب (فابنها) أي : الحرة (فابنه وإن نزل) وإن اجتمع أبناء الأبناء ؛ قدم الأقرب ؛ لحديث ﴿ أم سلمة : أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل إليها ، فقالت : ليس أحد من أوليائي شاهدا

" (١).

" إذنها) وقبل إذنها له في تزويجها وإن لم تكن مجبرة ، لأنه إذن من الولي في التزويج فلا يفتقر إلى إذن المرأة ولا الإشهاد عليه كإذن الحاكم ، و (لا) يملك الولي توكيلا في تزويج موليته (إن وكلت) هي (غيره) أي : غير وليها ، كما لو وكلت من هو أبعد منه (ولو) كان توكيلها للبعيد (بإذنه) أي : وليها ، فلو وكل في هذه الحال ؛ لم يصح توكيله ؛ لأنه وإن صح بدون إذنها ، لكن صحة تصرف وكيل الولي موقوفة على استئذانها ، وقد سبق صدور الإذن منها لغيره ؛ فلم يصح توكيله لذلك . (ويثبت لوكيل) ولي (ما) يثبت (لولي من إجبار وغيره) ، فإن كان للولي **الإجبار** ثبت ذلك لوكيله ، وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل إلى مراجعة المرأة ؛ لأنه نائب فيثبت له مثل ما يثبت للمنوب عنه ، وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج ، فيكون المأذون له قائما مقامه . (ويتجه) أنه يثبت لوكيل الولي ما يثبت لموكله (كعدالة) ؛ لأنها مشترطة في الولي ؛ فلا يصح أن يوجب الوكيل نكاحا عمن لا يصح منه إيجابه لموليته ، لنحو جنون (وفسق) ؛ لأنه إذا لم يجز أن يتولاه بنفسه ؛ فلأن لا يجوز بالنيابة عنه أولى ، وهو متجه (لكن لا بد من إذن) امرأة (غير مجبرة لوكيل) وليها ؛ لأنه نائب عن غير مجبر ، فيثبت له ما يثبت لمن ينوب عنه (فلا يكفي إذنها لوليها بتزويج) من غير مراجعة وكيل لها وإذنها له بعد توكيله (أو) أي : ولا يكفي إذنها لوليها (بتوكيل فيه) أي : التزويج (بلا مراجعة وكيل لها) أي

---

(١) مطالب أولي النهى، ٥/٦٠

: لغير المجبرة في التزويج (وإذنها) للوكيل في التزويج (بعد توكيله) ؛ لأن الذي يعتبر إذنها فيه للوكيل هو غير ما يوكل فيه الموكل ؛ فهو كالموكل في ذلك ، ولا أثر لإذنها له قبل أن يوكل الولي ؛ لأنه أجنبي وبعد توكله كولي . قال في ' شرح الإقناع ' : فيؤخذ منه لو أذنت للأبعد أن يزوجها مع أهلية الأقرب ، ثم انتقلت الولاية

---

(١) ".

" جميع الشركاء (وهي ما لا ينقسم إلا بضرر كنقص القيمة بها) ؛ أي : القسمة (أو رد عوض) من أحدهما على الآخر (كحمام ودور صغار وشجر مفرد وأرض ببعضها بئر أو بناء أو معدن ولا تتعدل) ؛ أي : بجعلها (أجزاء ولا قيمة فتحرم إلا برضى الشركاء كلهم أو رضى ولي) غير مكلف ؛ لأن فيه إما ضرر أو رد عوض وكلاهما لا يجبر الإنسان عليه . | (وحكمها) ؛ أي : القسمة (كبيع يجوز فيها ما يجوز فيه) ؛ أي : البيع (من رد بعيب وخيار مجلس وخيار شرط وغبن وغير ذلك) من أنواع الخيار وإنما كانت بيعا لبذل صاحبه إياه عوضا عما حصل له من حق شريكه وهذا هو البيع . قال المجد : الذي تحرر عندي في ما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد وإفراز في الباقي انتهى . فلا يفعلها الولي إلا إن رآها مصلحة وإلا فلا كبيع عقار موليه ولو كان بين اثنين بناء أعلى وبناء أدنى (فقال أحدهما أنا آخذ الأدنى) ؛ أي : الأسفل (ويبقى لي في الأعلى تتمة حصتي ؛ فلا إجبار) لشريكه على ذلك ؛ لما فيه من إسقاط حق شريكه من الأدنى بغير رضاه . | (ومن دعا شريكه فيها) ؛ أي : قسمة التراضي (إلى بيع أجبر) على البيع معه (فإن أبى) ؛ أي : امتنع شريكه من بيع معه (بيع) ؛ أي : باعه حاكم (عليهما وقسم الثمن) بينهما على قدر حصتيهما نصا (وكذا لو طلب) أحد الشريكين (الإجارة) ؛ أي : أن يؤجر شريكه معه في قسمة التراضي ؛ فيجبر الممتنع ولو شريكا في وقف فإن أبى أجره حاكم عليهما وقسم الأجرة بينهما على قدر حصتيهما والضرر المانع من قسمة الإجبار نقص القيمة بها سواء انتفعوا به مقسوما أو لا إذ نقص قيمته ضرر وهو منتف شرعا (وإن انفرد أحدهما) ؛ أي : الشريكين (بالضرر كرب ثلث مع رب ثلثين) وتضرر بها رب الثلث وحده وطلب أحدهما القسمة فلا إجبار

---

(١) مطالب أولي النهى، ٦٩/٥

". (١)

" أي : الشريكين (قسمة) ؛ أي : الحائط أو عرصته ولو طلب القسم (طولا في كمال العرض) بأن يكون لأحدهما من الحائط قطعة من أسفلها الى أعلاها في كمال عرض الحائط وأبى شريكه القسمة ؛ لم يجبر أو طلب أحدهما قسمة (العرض عرضا ولو وسعت حائطين) وأبى شريكه (لم يجبر ممتنع) لأنه إن كان الحائط مبنيا لم يمكن قسمه عرضا في كمال طوله بدون نقصه لينفصل أحدهما من الآخر ولا يجوز **الإجبار** عليه ولا طولا في تمام العرض لأن كل قطعة من الحائط ينتفع بها على حدتها والنفع فيها مختلف ؛ فلا يجبر أحدهما على ترك انتفاعه بمكان الأرض الواسعة ؛ فإن الانتفاع بجميعها على وجه واحد وإن كان غير مبني فهو يراد لذلك كالمبين (كمن بينهما دار بها علو وسفل فطلب أحدهما) ؛ أي : الشريكين (جعل السفل لواحد منهما وجعل العلو لآخر) وامتنع شريكه ؛ فلا إجبار ؛ لاختلاف السفل والعلو في الانتفاع والاسم ولو كان كل منهما لواحد فباع أحدهما فلا شفعة للآخر كدارين متلاصقين مشتركين طلب أحدهما جعل كل دار لواحد وأبى الآخر ولأنه نقل حقه من عين الى أخرى بغير رضى شريكه أو طلب أحدهما (قسم سفل لا) قسم (علو أو عكسه) بأن طلب قسم علو لا سفل أو طلب قسم (كل واحدة) من العلو والسفل (على حدة) وأبى الآخر ؛ فلا إجبار ؛ لما تقدم (وإن طلب) أحد الشريكين (قسمها) ؛ أي : السفل والعلو (معا ولا ضرر) ولا رد عوض (وجب) القسم وأجبر عليه ممتنع (وعدل) القسم في ذلك (بالقيمة) لأنه أحوط ولا يجعل ذراع سفل بذراع علو وعكسه و (لا ذراع) من سفل (بذراع) من علو إلا بتراضيهما (ولا إجبار في قسمة المنافع) بأن ينتفع أحدهما بمكان والآخر بآخر أو كل منهما ينتفع شهرا ونحوه ؛ لأنها معاوضة فلا يجبر عليها الممتنع كالبيع ولأن القسمة بالزمان يأخذ أحدهما قبل الآخر فلا تسوية ؛ لتأخر حق الآخر (وإن اقتسماها) ؛ أي :

". (٢)

" شيء يجعل معها وإلا فلا إجبار لما تقدم . وإن اجتمعت أجبر الممتنع لتضمنها إزالة ضرر الشريك وحصول النفع لكل من الشركاء لأن نصيب كل منهما إذا تميز كان له التصرف فيه بحسب اختياره وأن يغرس ويسقي ويجعل ساقيه ولا يمكنه ذلك مع الاشتراك . | (ومن دعا شريكه في بستان الى قسم شجرة

---

(١) مطالب أولي النهى، ٦/٥٥٠

(٢) مطالب أولي النهى، ٦/٥٥٢

فقط) ؛ أي : دون أرضه (لم يجبر) شريكه عليه ؛ لأن الشجر المغروس تابع لأرضه غير مستقل بنفسه ولهذا لا تثبت فيه شفعة إذا بيع بدون أرضه وإن دعي شريكه في بستان (الى قسم أرضه أجبر ودخل شجر) في القسمة (لا زرع تبعا) للأرض كالأخذ بالشفعة . | (ومن بينهما أرض في بعضها نخل وفي بعضها شجر غيره) ؛ أي : النخل كالمشمش والجوز أو بعضها (يشرب سيحا وبعضها) يشرب بعلا وطلب أحدهما قسمة كل عين على حده وطلب الآخر قسمتها أعيانا بالقيمة (قدم من يطلب قسمة كل عين على حدة إن أمكنت تسوية في جيدة ورديئة) لأنه قرب الى التعديل ؛ لأن لكل منهما حقا في الجميع (وإلا) يمكن التسوية في جيده ورديئة (قسمت أعيانا بالقيمة إن أمكن التعديل) بالقيمة وإلا يمكن التعديل بها (فأبى أحدهما) القسمة ؛ لم يجبر ؛ لعدم إمكان تعديل السهام الذي هو شرطها (وهذا النوع) ؛ أي : قسمة الإجبار إفراز حق أحد الشريكين من الآخر يقال فرزت الشيء وأفرزته إذا عزلته من الفرزة وهي القطعة فكأن الإفراز اقتطاع حق أحدهما من الآخر وليست بيعا لأنها تخالفه في الأحكام والأسباب كسائر العقود ولو كانت بيعا لم تصح بغير رضى الشريكين ولوجبت فيها الشفعة ولما لزمت بالقرعة . | (فتصح قسم لحم هدي ولحم أضاحي وقسم مكيل وزنا) وعكسه كقسم موزون كيلا (وإن لم يقبض بالمجلس) مع أنه لا يصح بيع شيء منها .

(١) ".

" (ولا يحنث بها) ؛ أي : قسمة الإجبار (من حلف لا يبيع) لأنها إفراز لا بيع (ومتى ظهر فيها) ؛ أي قسمة الإجبار (غبن فاحش) بطلت ؛ لتبين فساد الإفراز . | (ولا شفعة في نوعيها) ؛ أي : قسمة التراضي وقسمة الإجبار لأنها لو ثبت لأحدهما على الآخر لثبت للآخر عليه ؛ فيتنافيان (ويفسخان بعيب) ظهر في نصيب أحدهما (ويصح) من الشريكين (أن يتقاسما بأنفسهما وأن ينصبا قاسما) بأنفسهما لأن الحق لا يعدوهما ولهما (أن يسألا حاكما نصبه) أي : القاسم ؛ لأنه أعلم بمن يصلح للقسمة وإذا سألوه وجبت عليه إجابتهم لقطع النزاع (ويشترط إسلامه) ؛ أي : القاسم إذا نصبه حاكم (و) يشترط (عدالته) ليقبل قوله في القسمة ويشترط معرفته بها ؛ أي : بالقسمة ليحصل المقصود ؛ لأن غير العارف لا يمكنه تعديل السهام لا حريته فتصح من عبد (زاد الموفق) والشارح والزركشي (عارف بالحساب) لأنها كالخط ﻟلكتاب (فلا تلزم قسمة نحو كافر) كفاسق وجاهل بالقسمة (إلا برضاهم)

(١) مطالب أولي النهى، ٥٥٦/٦

بها كما لو اقتسموا بأنفسهم (ويتحرى القاسم العدل) ؛ أي : يعدل السهام بالأجزاء إن تساوت كالمائعات والمكيلات من الحبوب والثمار إن لم يختلف وكالأرض المتساوية جودة أو رداءه (قال الشيخ) تقي الدين (لا أعلم خلافا أن من قسم شيئا يلزمه أن يتحرى العدل . ويتبع ما هو أرضى لله ورسوله) ولا يحابي ولا يداهن ويكفي قاسم واحد حيث لم يكن في القسمة تقويم كالحاكم ولا يكفي واحد مع (تقويم) فإن احتيج الى تقويم فلا يكفي التقويم إلا بقاسمين ؛ لأنه شهادة بالقيمة فاعتبر النصاب كباقي الشهادات (وتباح أجرته) ؛ أي : إعطاؤها وأخذها ؛ لأنها عوض عن عمل لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة (وتسمى) أجرة القاسم (القسامة بضم القاف) ذكره الخطابي وحديث أبي سعيد : إياكم والقسامه . قيل وما القسامة . قال :

" (١) .

" السهام بالقيمة وتجعل السهام متساوية القيمة وتخرج الأسماء على السهام كالقسم الثاني ؛ لأن التعديل هنا بالقيمة وكله يعلم مما تقدم . | (وتلزم) القسمة (بخروج قرعة) لأن القاسم كحاكم وقرعته حكم نص عليه . ولو كانت القسمة (فيما فيه رد عوض أو ضرر) إذا تراضيا عليه وخرجت القرعة ؛ إذ القاسم يجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق فوجب أن تلزم قرعته كقسمة **الإجبار** وتقدم أن قسمة التراضي يثبت فيها خيار المجلس فلعله إذا لم يكن قاسم بدليل قوله (وإن خير أحدهما) ؛ أي : الشريكين (الآخر) بأن قال : اختر أي القسمين شئت بلا قرعة ولم يكن قاسم فالقسمة تلزم (برضاهما وتفرقهما) بأبدانهما كتفرق متبايعين . فصل | (ومن ادعى) من الشركاء (غلطا) أو حيفا (فيما) فيه رد أو ضرر (تقاسماه بأنفسهما وأشهدا على رضاهما به ؛ لم يلتفت إليه ولو أتى ببينة) فلا تسمع دعواه ولا تقبل بينته ولا يحلف غريمه لرضاه بالقسمة على ما وقع ؛ فيلزم رضاه بزيادة نصيب شريكه (وتقبل) دعواه غلطا أو حيفا (ببينة) شهدت به (فيما قسمه قاسم حاكم) لأنه حكم عليه بالقسمة وسكوته استناد الى ظاهر حال القاسم فإذا قامت البينة بغلطه كان له الرجوع فيما غلط به كمن أخذ دينه من غريمه ظانا أنه قدر حقه فرضي به ثم تبين نقصه ؛ فله الرجوع بنقصه (وحيث لا بينة) تشهد بالغلط (يحلف منكر) الغلط ؛ لأن الظاهر صحة القسمة وأداء الأمانة فيها (وكذا قاسم نصباه) بأنفسهما فقسم بينهما ثم ادعى أحدهما الغلط ؛ فيقبل ببينة وإلا حلف منكر .

---

(١) مطالب أولي النهى، ٥٥٨/٦

". (١)

" | (وإن استحق بعدها) ؛ أي : القسمة (معين من حصتيهما على السواء لم تبطل) القسمة (فيما بقي) كما لو كان المقسوم عينين فاستحقت إحداهما (إلا أن يكون ضرر) المعين (المستحق في نصيب أحدهما) ؛ أي : الشريكين (أكثر من) ضرر الشريك (الآخر كسد طريقه أو سد مجرى مائه أو سد ضوئه ونحوه) مما فيه ضرر (فتبطل) القسمة ؛ لفوات التعديل (كما لو كان) المستحق (في إحداهما) ؛ أي : النصيبين وحده (أو كان شائعا ولو فيهما) ؛ أي : النصيبين ؛ لأنه شريك فإن كانت القسمة بالتراضي فثم شريك لم يرض . وإن كانت **بالإجبار** فالثالث لم يحكم عليه بالقسمة (وإن ادعى كل) من الشريكين شيئا من المقسوم (أنه من سهمه) وأنكر الآخر (تحالفا) ؛ أي : حلف كل منهما للآخر على نفي ما ادعاه (ونقضت) القسمة ؛ لأن المدعى به لا يخرج عن ملكهما ولا سبيل لدفعه لمستحقه منهما بدون نقض القسمة ؛ (ومن كان) من المقتسمين (بنى أو غرس) في نصيبه (فخرج نصيبه المقسوم مستحقا فقلع) بناءه أو غرسه (رجع على شريكه بنصف قيمته في قسمة تراض فقط) نحو إن كان بينهما داران سوية فتراضيا على أخذ كل منهما دارا منهما فخرجت إحداهما مستحقة فقلع مستحقها ما غرسه أو بناه فيها الشريك فيرجع على شريكه بنصف قيمة ذلك ؛ لأن هذه القسمة في معنى البيع فحكمها حكمه بخلاف قسمة **الإجبار** فإنها إفراز فإذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا وقلع غرسه أو بناءه ؛ فلا رجوع له على شريكه بشيء ؛ لأنه لم يقره ولم ينتقل إليه من جهة بيع وإنما إفراز حقه من حقه (ولمن خرج في نصيبه) من الشركاء (عيب جهله) وقت القسمة (إمساك) نصيبه المعيب (مع أخذ أرش) العيب من شريكه (كفسخ) ؛ أي : كما له فسخ القسمة كالمشتري بوجود النقص . وإن اقتسموا ؛ أي : الشركاء (دارا ذات أسطحة ؛ لم يجز لأحد) منهم (منع جريان الماء) لتقدم الاستحقاق ومحل ذلك إذا كان (بلا شرط) على منعه فإن كان ثم شرط فيوفي به ؛ لحديث : المؤمنون

". (٢)

(١) مطالب أولي النهى، ٥٦٢/٦

(٢) مطالب أولي النهى، ٥٦٣/٦

"وواجب إيتاء ربع المالوهكذا كتابة الموالي٥٨١لكن يقوم المشتري مقامهوبيعه يجوز لا ملامة٥٨٢أبيح ذا وفيه لا معاتبةمن شرط الوطء على المكاتبة٥٨٣أيضا كذاك الخلق لا يسألهموشرطه أن لا يسافر يلزم٥٨٤أجزا ولو بغير إذن راغباوالشركا من رام أن يكاتبا٥٨٥في قدر ما كاتب في المجحودوباليمين القول قول السيد٥٨٦وبان ذو عيب به لا يرتضيوالعتق مذ كان بأخذ العوض٥٨٧قيمته والأرش بالإمساكلسيد في رد ما هو شاك٥٨٨ابن أخ كذاك أم وأبيصح أن يشتري المكاتب٥٨٩ويعتقوا عند الأدا بعتقهوهم أرقا معه برقه٥٩٠﴿ ومن كتاب النكاح ﴾لفظ النكاح جاء نصا سمعاحقيقة في العقد والوطء معا٥٩١لتائق كخائف السفاحوأطلق الوجوب في النكاح٥٩٢لأنها رواية شهيرةرجحها طائفة كثيرة٥٩٣وابن أبي موسى فقال الأظهرعبد العزيز جازم مقرر٥٩٤في المفردات واضحا وانتصراوابن عقيل وابن نصر نصرا٥٩٥بل سنة في فرقة الأعيانوغيرهم لكن أبى الشيخان٥٩٦قل لا يصح واترك التلاحيإن قدم القبول في النكاح٥٩٧لمن بها الإيصاء والإسنادولاية النكاح تستفاد٥٩٨والزوج لو لم يك بالمنصوصويملك **الإجبار** مثل الموصي٥٩٩إن لم تكن مع الولي مجبرةوبنت تسع إذنها معتبرة٦٠٠إن لم تقم بتوبة تعويجهازانية فلا يجز تزويجها٦٠١ولو وكيل ليس بالموافقولا يصح عقده من فاسق٦٠٢تزويجها من مسلم مبجلوكافر لابنته فلا يلي٦٠٣والمجد في الشرح كذا جوابهفي النص والقاضي كذا أصحابه٦٠٤وجوزا هداية قد تبعامحرر والمغني في ذا اجتمعا٦٠٥وخالف الشيخان في الشرط فقطكفارة النكاح فيه تشترط٦٠٦حتى أخ على أبيه يعدللكن لمن لم يرض فسخ العقد٦٠٧أن لا يرى مزوجا إلا بهاأن يشترط عليه في كتابها٦٠٨أو يخله طرا من الأسفارأو يشترط لا يشتري السراري٦٠٩إن لم يفي خياره قد انعقدأو يشرط السكنى بدار أو بلد٦١٠ولست اليدان من ضرورتهووجهها ينظر من مخطوبته٦١١." (١)

"ومن أبواب العتق والتدبير والكتابة ﴾٥٧٤ ... من نسي المعتق أو قد أبهما ... يظهر بالقرعة من قد كتما٥٧٥ ... ووطؤه أولى على السواء ... لا يبطل القرعة في الإماء٥٧٦ ... من قال عبدي أنت معتوق على ... ألف فقل يعتق لو لم يقبلا٥٧٧ ... والألف لا تلزمه أيضا كما ... في (وعليك) لا بألف فاعلما٥٧٨ ... وحامل في العتق أن يستثنى ... جنينها يصح هذا المعنى٥٧٩ ... إذ عتقه بدونها إجماع ... بذكره أئمة أذاعوا٥٨٠ ... بحلف مع شاهد الإعتاق ... يثبت والتدبير بالوفاق٥٨١ ... وهكذا كتابة الموالي ... وواجب إيتاء ربع المال٥٨٢ ... وبيعه يجوز لا ملامة ... لكن يقوم المشتري مقامه٥٨٣ ... من شرط الوطء على المكاتبة ... أبيح ذا وفيه لا معاتبة٥٨٤ ... وشرطه أن لا يسافر يلزم ... أيضا كذاك

---

(١) منظومة مفردات أحمد، ٢٠/١

الخلق لا يسألهم٥٨٥ ... والشركا من رام أن يكاتبا ... أجزا ولو بغير إذن راغبا٥٨٦ ... وباليمين القول قول السيد ... في قدر ما كاتب في المجود٥٨٧ ... والعتق مذ كان بأخذ العوض ... وبان ذو عيب به لا يرتضي٥٨٨ ... لسيد في رد ما هو شاك ... قيمته والأرش بالإمساك٥٨٩ ... يصح أن يشتري المكاتب ... ابن أخ كذاك أم وأب٥٩٠ ... وهم أرقا معه برقه ... ويعتقوا عند الأدا بعتقه﴿ ومن كتاب النكاح ﴾٥٩١ ... حقيقة في العقد والوطء معا ... لفظ النكاح جاء نصا سمعا٥٩٢ ... وأطلق الوجوب في النكاح ... لتائق كخائف السفاح٥٩٣ ... رجحها طائفة كثيرة ... لأنها رواية شهيرة٥٩٤ ... عبد العزيز جازم مقرر ... وابن أبي موسى فقال الأظهر٥٩٥ ... وابن عقيل وابن نصر نصرا ... في المفردات واضحا وانتصرا٥٩٦ ... وغيرهم لكن أبى الشيخان ... بل سنة في فرقة الأعيان٥٩٧ ... إن قدم القبول في النكاح ... قل لا يصح واترك التلاحي٥٩٨ ... ولاية النكاح تستفاد ... لمن بها الإيصاء والإسناد٥٩٩ ... ويملك **الإجبار** مثل المـوصي ... والزوج لو لم يك بالمنصوص٦٠٠ ... وبنت تسع إذنها معتبرة ... إن لم تكن مع الولي مجبرة٦٠١ ... زانية فلا يجز تزويجها ... إن لم تقم بتوبة تعويجها٦٠٢ ... ولا يصح عقده من فاسق ... ولو وكيل ليس بالموافق٦٠٣ ... وكافر لابنته فلا يلي ... تزويجها من مسلم مبجل." (١)

"تنبيه آخر :[الضررالأشد يزال بالأخف]تقييد القاعدة أيضا بما لو كان أحدهما أعظم ضررا من الآخر ؛ فإن الأشد يزال بالأخف ، فمن ذلك **الإجبار** على قضاء الدين ، والنفقات الواجبات .ومنها : حبس الأب لو امتنع عن الإنفاق على ولده ؛ بخلاف الدين .ومنها : لو غصب ساجة ، أي خشبة ، وأدخلها في بنائه ؛ فإن كانت قيمة البناء أكثر يملكها صاحبه بالقيمة ، وإن كانت قيمتها أكثر من قيمته لم ينقطع حق المالك عنها .ومنها : لو غصب أرضا فبنى فيها أو غرس ؛فإن كانت قيمة الأرض أكثر قلعها وردت ، وإلا ضمـن له قيمتهاومنها : لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ؛ ينظر إلى أكثرهما قيمة فيضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل .وعلى هذا لو أدخل فصيل غيره في داره فكبر فيها ، ولم يمكن إخراجه إلا بهدم الجدار ، وكذا لو أدخل البقر رأسه في قدر من النحاس فتعذر إخراجه ، هكذا ذكر أصحابنا رحمهم الله كما ذكره الزيلعي في كتاب الغصب.وفصل الشافعية ؛ فقالوا : إن كان صاحب البهيمة معها فهو مفرط بترك الحفظ ، فإن كانت غير مأكولة كسرت القدر ، وعليه أرش النقص .أو مأكولة ففي ذبحها وجهان ، وإن لم يكن معها فإن فرط صاحب القدر كسرت ، ولا أرش ، وإلا فله الأرش .وينبغي أن يلحق بمسألة البقرة ما لو سقط ديناره في محبرة غيره ، ولم يخرج إلا بكسرهاومنها : جواز دخول بيت غيره إذا سقط متاعه فيه

---

(١) منظومة مفردات أحمد، ٢/٢٠

وخاف صاحبه أنه لو طلبه منه أخفاهومنها : مسألة الظفر بجنس دينه ،ومنها : جواز شق بطن الميتة ؛ لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته .وقد أمر به أبو حنيفة رحمه الله فعاش الولد كما في الملتقط .قالوا:بخلاف ما إذا ابتلع لؤلؤة فمات فإنه لا يشق بطنه ؛ لأن حرمة الآدمي أعظم من حرمة المال .وسوى الشافعيةة بينهما في جواز الشق .وفي تهذيب القلانسي من الحظر والإباحة ، وقيمة الدرة في تركته ، وإن لم يترك شيئا لا يجب شيء (انتهى) .." (١)

"""""""" صفحة رقم ٧٨ """""""وقد ذكرنا أن القسمة تكون إفرازا وتكون مبادلة فنقول :(معنى الإفراز فيما لا يتفاوت أظهر كالمكيل والموزون) وسائر المثليات حتى كان لكلواحد أن يأخذ نصيبه بغير رضى صاحبه ومع غيبته ، ويبيعه مرابحة وتولية على نصف الثمن ،ولا يخلو عن معنى المبادلة أيضا ، لأن ما حصل له كان له بعضه وبعضه لشريكه ، إلا أنهجعل وصول مثل حقه إليه كوصول عين حقه لعدم التفاوت (ومعنى المبادلة أظهر فيمايتفاوت كالحيوان والعقار) وكل ما ليس بمثلى حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه مع غيبةالآخر ، ولو اقتسما فليس له بيعه مرابحة ، لأن ما أخذ ليس بمثل لما ترك على صاحبه (إلاأنه يجبر الممتنع منهما على القسمة إذا اتحد الجنس) كالإبل والبقر والغنم تتميما للمنفعةوتكميلا لثمرة الملك ، فإن الطالب يسأل القاضي أن يخصه بنصيبه ويمنع غيره من الانتفاع بهفيجيبه القاضي إلى ذلك ، لأنه نصب للمصالح ودفع المظالم ، **والإجبار** على المبادلة جائز إذاتعلق بها حق الغير كالمشتري مع الشفيع والمديون يجبر على بيع ملكه لإيفاء الدين .(ولا يجبر عند اختلاف الجنس) كالحيوان مع العقار ، أو البقر مع الخيل ونحو ذلك ،لتعذر المعادلة فيه للتفاوت الفاحش بينهما في المقصود ، وكذلك الثياب إذا اختلفتأجناسها ، والثوبان إذا اختلفت قيمتهما (ولو اقتسموا بأنفسهم جاز) لأنه بيع ولهما ذلك .قال : (ويقسم على الصبي وصيه أو وليه) كالبيع وسائر التصرفات ، فإن لم يكن نصب لهالقاضي من يقسم .قال : (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما عدلا مأمونا عالما بالقسمة) لأنه لا قدرة لهعلى العمل إلا بالعلم به ، ولا اعتماد على قوله إلا بالعدالة ، ولا وثوق إلى فعله إلا بالأمانة ،ولأنه يحكم عليهم بفعله فأشبه القاضي ، فينبغي أن يكون بهذه الصفات . قال : (يرزقه منبيت المال) لأن فعله يقطع المنازعة كالقضاء ، فينبغي أن يكون رزقه من بيت المالكالقاضي ، ولأنه أنفى للتهمة فكان أفضل ، ولأنه أرفق بالعامة . قال : (أو يقدر له أجرا يأخذهمن المتقاسمين) لأنه يعمل لهم وإنما يقدره لئلا يطلب زيادة ويشتط عليهم في الأجر . قال :(وهو على عدد رؤوسهم) وقالا : على الأنصباء لأنها مؤونة الملك فيتقدر بقدره ، فصاركحافر

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٨٨

بئر مشتركة ونفقة المملوك المشترك . ولأبي حنيفة أنه جزاء عمله وهو التمييزوالإفراز ، ويستوي فيه القليل والكثير . بيانه أنه لا يأخذ الأجر على المساحة والمشي علىالحدود ، حتى لو استعان في ذلك بأرباب الملك فله الأجر إذا قسم وميز ، وربما يكثر عملهفي القليل لأن الحساب إنما يدق ويصب عند تفاوت الأنصباء لا عند استوائهما ، بخلافحفر البئر فإن الأجرة مقابلة بالعمل وهو نقل التراب ، ونفقة المملوك لإبقاء الملك وحاجةصاحب الكثير أكثر ، وبخلاف الكيلي والوزني لأنه أجر عمله ، ولهذا لو استعان في ذلك." (١)

"""""""" صفحة رقم ١١٣ """""""كتاب الإكراهوهو الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان طبعا أو شرعا ، فيقدم عليه ما عدم الرضاليدفع عنه ما هو أضر منه ؛ ثم قيل هو معتبر بالهزل المنافي للرضا ، فما لا يؤثر فيه الهزل لايؤثر فيه الإكراه كالطلاق وأخواته ؛ وقيل هو معتبر بخيار الشرط الخالي عن الرضا بموجبالعقد ، فما لا يؤثر فيه الشرط لا يؤثر فيه الإكراه .قال : (ويعتبر فيه قدرة المكره على إيقاع ما هدده به) لأنه إذا لم يكن قادرا عليهلا يتحقق الخوف فلا يتحقق الإكراه ، وما روي عن أبي حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلامن سلطان ، فاختلاف عصر وزمان (و) لا بد من (خوف المكره عاجلا) لأنه لو لميخف فعله يكون راضيا فلا يكون مكرها ؛ لأن الإكراه ما يفعله بغيره فينتفي به رضاه أويفسد عليه اختياره مع بقاء أصل القصد ، لأنه طلب منه أحد الأمرين فاختار أحدهما ،فإذا فعل برضاه لا يكون مكرها (و) لا بد من (امتناعه من الفعل قبل الإكراه) لأنالإكراه لا يتحقق إلا على فعل يمتنع عنه المكره . أما إذا كان بفعله فلا إكراه ويكونالامتناع (لحقه) كبيع ماله والشراء ، وإعتاق عبده ونحو ذلك (أو لحق آدمي) كإتلاف مالالغير ونحوه (أو لحق الشرع) كالقتل والزنا وشرب الخمر ونحوها ، لأن الامتناع لا يكونإلا لأحد هذه الأشياء (و) لا بد (أن يكون المكره به نفسا أو عضوا) كالقتل والقطع (أوموجبا عما ينعدم به الرضا) كالحبس والضرب ؛ وأحكامه تختلف باختلاف هذه الأشياء ،." (٢)

"""""""" صفحة رقم ٥٦ """""""(وأطعمتك هذا الطعام) لأن الإطعام صريح في الهبة إذا أضيف إلى المطعوم لأنه لا يطعمهإلا بالأكل ولا أكل إلا بالملك ، ولو قال : أطعمتك هذه الأرض فهو عارية لأنها لا تطعم(وأعمرتك) هذا الشيء وجعلت هذه الدار لك عمرى ، قال عليه الصلاة والسلام : ' من أعمرعمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده ' (وحملتك على هذه الدابة إذا نوى الهبة) لأنالمراد به الإركاب حقيقة

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٧٨/٢

(٢) الاختيار لتعليل المختار، ١١٣/٢

ويستعمل في الهبة ، يقال : حمل الأمير فلانا على فرس : أي وهبهفيحمل عليه عقد الهبة (وكسوتك هذا الثوب) قال تعالى :) أو كسوتهم ([المائدة : ٨٩] أرادتمليكهم الكسوة ، ويقال : كساه ثوبا إذا وهبه ، ولو قال : منحتك هذه الدار أو هذه الجاريةفهي عارية إلا أن ينوي الهبة ، ولو قال ذلك فيما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبةكالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب .قال : (وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ، وفيما يقسم لا تجوز) لأن القبض شرط فيالهبة لما روينا وأنه غير ممكن في المشاع ، ولو جوزناه لكان له إجبار الواهب على القسمةولم يلتزمه فيكون إضرار به ، وما لا يقسم الممكن فيه القبض الناقص فيكتفي به ضرورة ،ولا يلزم ضرر **الإجبار** على القسمة ببقاء **الإجبار** على المهايأة . قلنا المهايأة في المنافع ولميتبرع بها ، لأن الهبة صادفت العين لا المنافع . قال : (فإن قسم وسلم جاز) لأن بالقبض لميبق شيوع وذلك (كسهم في دار و) مثله (اللبن في الضرع والصوف على الظهر والتمر علىالنخل والزرع في الأرض) لأن اتصال هذه الأشياء كالشيوع من حيث إنه يمنع القبض ،وكذلك لو وهبه من شريكه لا يجوز لعدم إمكان القبض . قال : (ولو وهبه دقيقا في حنطة ،أو سمنا في لبن ، أو دهنا في سمسم فاستخرجه وسلمه لا يجوز) لأن الموهوب معدوم فلايكون محلا للملك فبطل العقد فيحتاج إلى عقد جديد أما المشاع فمحل التمليك حتى جازبيعه دون ذلك .قال : (ولو وهب اثنان من واحد جاز ، وبالعكس لا يجوز) أما الأول فلأنهما سلماهاوالموهوب له قبضها جملة ولا شيوع ولا ضرر . وأما الثانية فمذهب أبي حنيفة وقالا :يصح أيضا لأنها هبة واحدة والتمليك واحد فلا شيوع ، وصار كالرهن من اثنين ولأبي." (١)

"تمام الحول بيوم فرارا عن الوجوب قال محمد يكره

وقال أبو يوسف لا يكره وهو الأصح

ولو باعها للنفقة لا يكره بالإجماع ولو احتال لإسقاط الواجب يكره بالإجماع ولوفر من الوجوب بخلا لا تأثيما يكره بالإجماع ا هـ

قوله (ولو وجب سن ولم يوجد دفع أعلى منها وأخذ الفضل أو دونها ورد الفضل أو دفع القيمة) بيان لمسألتين الأولى لو وجب عليه سن كبنت مخاض مثلا ولم يكن (((تكن))) عنده فصاحب المال مخير إن شاء دفع الأعلى واسترد الفضل أو الأدنى ورد الفضل فقد جعل الخيار للمالك دون الساعي فيهما وقد صرح به في المبسوط وقال ليس للساعي إذا عين المالك سنا أن يأبى ذلك في الصورتين

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٥٦/٣

واستثنى في الهداية من ذلك ما إذا أراد المالك دفع الأعلى وأخذ الفضل من الساعي فإنه لا إجبار على الساعي لأنه شراء فحينئذ لم يكن للمالك خيرا (((خيار))) في هذه الصورة

وتبعه في التبيين وتعقبه في غاية البيان بأن الزكاة وجبت بطريق اليسر فإذا كان للساعي ولاية الامتناع من قبول الأعلى يلزم العسر وفي ذلك العود على الموضوع بالنقض فلا يجوز وأيضا فيه خلاف السنة لأن من لزمه الحقة تقبل منه الجذعة إذا لم تكن عنده حقه وكذلك من لزمه بنت لبون وعنده حقه يقبل منه الحقة ويعطي المصدق عشرين درهما أو شاتين كما في صحيح البخاري وهو دليلنا على دفع القيمة في الزكاة وهي في المسألة الثانية وتقدير الفضل بالعشرين أو الشاتين بناء على الغالب لا أنه تقدير لازم ا هـ

وأما قولهم إنه شراء ولا إجبار فيه فممنوع لأنه ليس شراء حقيقيا ولم يلزم من الإجبار ضرر بالساعي لأنه عامل لغيره فالظاهر المختصر من أن الخيار للمالك فيهما لكن ذكر محمد في الأصل أن الخيار للمصدق أي الساعي ورده في النهاية والمعراج بأن الصواب خلافه وذكر في البدائع أن الخيار لصاحب المال دون المصدق إلا في فصل واحد وهو ما إذا أراد صاحب المال أن يدفع بعض العين لأجل الواجب فالمصدق بالخيار بين أن لا يأخذ وبين أن يأخذ بأن كان الواجب بنت لبون فأراد أن يدفع بعض الحقة بطريق القيمة فالمصدق إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل لما فيه من تشقيص العين والتشقيص في الأعيان عيب فكان له أن لا يقبل ا هـ

وتعقبه الزيلعي بأنه غير مستقيم لوجهين أحدهما أنه مع العيب يساوي قدر الواجب وهو المعتبر في الباب والثاني أن فيه إجبار المصدق على شراء الزائد ا هـ

وقد قدمنا أن جبره على شراء الزائد مستقيم ولا يخفي أن في التشقيص إضرارا بالفقراء فلم يملك رب المال ذلك فاستقام ما في البدائع ولكن (((لكن))) قيد المصنف الخيار المذكور بين الأمور الثلاثة بعدم وجود السن الواجب كما في أكثر الكتب وهو قيد اتفاقي لأن الخيار ثابت مع وجود السن الواجب ولذا قال في المعراج وظن بعض أصحابنا أن أداء القيمة بدل عن الواجب حتى لقب المسألة بالإبدال وليس كذلك فإن المصير إلى البدل لا يجوز إلا عند عدم الأصل وأداء القيمة مع وجود المنصوص عليه جائز عندنا ا هـ

وفي البدائع اختلف أصحابنا فعند الإمام الواجب فيما عدا السوائم جزء من النصاب معنى لا صورة وعندهما صورة ومعنى لكن يجوز إقامة غيره مقامه معنى

." (١)

"بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به

قلنا لا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فأثبتنا الولاية في حالة الصغر بكرا كانت أو ثيبا إحرازا للكفء

والقرابة داعية إلى النظر كما في الأب والجد وما فيه من القصور أظهرناه في سلب ولاية الإلزام بخلاف التصرف في المال لأنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل وتمامه في الهداية وشروحها

والحاصل أن علة ثبوت الولاية على الصغيرة عند الشافعي البكارة وعندنا عدم العقل أو نقصانه وهذا أولى لأنه المؤثر في ثبوت الولاية في ما لها إجماعا وكذا في حق الغلام في ماله ونفسه وكذا في حق المجنونة إجماعا ولا تأثير لكونها ثيبا أو بكرا فكذا الصغيرة

وأشار المصنف إلى أن للولي إنكاح المجنون والمجنونة إذا كان الجنون مطبقا فالمراد أن للولي إنكاح غير المكلفة جبرا

قال في الولوالجية الرجل إذا كان يجن ويفيق هل يثبت للغير ولاية عليه في حال جنونه إن كان يجن يوما أو يومين أو أقل من ذلك لا تثبت لأنه لا يمكن الاحتراز عنه

وفي الخانية رجل زوج ابنه البالغ بغير إذنه فجن الابن قبل الإجازة قالوا ينبغي للأب أن يقول أجزت النكاح على ابني لأن الأب يملك إنشاء النكاح عليه بعد الجنون فيملك إجازته اه

وقيد المصنف بالإنكاح لأن الولي إذا أقر بالنكاح على الصغيرة لم يجز إلا بشهود أو بتصديقها بعد البلوغ عند أبي حنيفة رضي الله عنه

وقالا يصدق

وكذلك لو أقر المولى على عبده والوكيل على موكله ثم الولي على من يقيم بينة الإقرار عند أبي حنيفة

قالوا القاضي ينصب خصما عن الصغير حتى ينكر فتقام البينة على المنكر كما إذا أقر الأب باستيفاء بدل الكتابة من عبد ابنه الصغير لا يصدق إلا ببينة فالقاضي ينصب خصما عن الصغير فتقام عليه البينة

كذا في المحيط

وهذه المسألة على قول الإمام مخرجة من قولهم إن من ملك الإنشاء ملك الإقرار به كالوصي والمراجع والمولى والوكيل بالبيع

---

(١) البحر الرائق، ٢/٢٣٧

كذا في الجامع الصغير للصدر الشهيد مع أن صاحب المبسوط قال وأصل كلامهم يشكل بإقرار الوصي بالاستدانة على اليتيم فإنه لا يكون صحيحا وإن كان هو يملك إنشاء الاستدانة اه

وفسر المصنف رحمه الله الولي بالعصبة وسيأتي في الفرائض أنه من أخذ الكل إذا انفرد والباقي مع ذي سهم وهو عند الإطلاق منصرف إلى العصبة بنفسه وهو ذكر يتصل بلا توسط أنثى أي يتصل إلى غير المكلف ولا يقال هنا إلى الميت فلا يرد العصبة بالغير كالبنت تصير عصبة بالابن فلا ولاية لها على أمها المجنونة وكذا لا يرد العصبة مع الغير كالأخوات مع البنات

وأفاد بقوله بترتيب الإرث أن الأحق الابن وابنه وإن سفل ولا يتأتى إلا في المعتوهة على قولهما خلافا لمحمد كما سيأتي

ثم الأب ثم الجد أبوه ثم الأخ الشقيق ثم لأب (((الأب)))

وذكر الكرخي أن الأخ والجد يشتركان (((يشاركان))) في الولاية عندهما وعند أبي حنيفة يقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث والأصح أن الجد أولى بالتزويج اتفاقا وأما الأخ لأم فليس منهم

ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم أعمام الأب كذلك الشقيق ثم لأب ثم أبناء عم الأب الشقيق ثم أبناؤه لأب ثم عم الجد الشقيق ثم عم الجد لأب ثم أبناء عم الجد الشقيق ثم أبناؤه لأب وإن سفلوا

كل هؤلاء تثبت لهم ولاية **الإجبار** على البنت والذكر في حال صغرهما وحال كبرهما إذا

". (١)

"بها وليس للزوج منعه كما في الظهيرية

قوله (وله إجبارهما على النكاح) أي للسيد إجبار العبد والأمة عليه بمعنى تنفيذ النكاح عليهما وإن لم يرضيا لا أن يحملهما على النكاح بضرب أو نحوه

وعن أبي حنيفة أنه لا إجبار في العبد لأن النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال فلا يملك إنكاحه بخلاف الأمة لأنه مالك لمنافع بضعها فيملك تمليكها

ولنا أن الإنكاح إصلاح ملكه لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالأمة

---

(١) البحر الرائق، ١٢٧/٣

أطلقهما فشمل الصغير والكبير والصغيرة والكبيرة والقن والمدبر وأم الولد لأن الملك في الكل كامل وخرج المكاتب والمكاتبة والصغيرة فليس له إجبارهما عليه صغيرين كانا أو كبيرين لأنهما التحقا بالأحرار تصرفا فيشترط رضاهما

فالحاصل أن ولاية **الإجبار** في المملوك تعتمد كمال الملك لا كمال الرق والملك كامل في المدبر وأم الولد وإن كان الرق ناقصا والمكاتب على عكسهما ولذا دخلا تحت قوله كل مملوك أملكه فهو حردونه

وحل وطء أم الولد دون المكاتبة لأنه يعتمد كمال الملك فقط ولم يجز عتقهما عن الكفارة لأنها تبتني على كمال الرق وأما البيع فإنه يعتمد كمالهما فلم يجز بيع الكل

وفي المحيط وغيره المولى إذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها (((إجارتها))) لأنها ملحقة بالبالغة فيما يبتنى على الكتابة ثم إنها لو لم ترد حتى أدت فعتقت بقي النكاح موقوفا على إجازة المولى لا إجازتها لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الإجازة فاعتبر التوقف على إجازتها حال رقها ولم يعتبر بعد العتق

قالوا وهذه المسألة من أعجب المسائل فإنها مهما زادت من المولى بعدا ازدادت إليه قربا في النكاح فإنه يملك إلزام النكاح عليها بعد العتق لا قبله

وأعجب منه أنها لو ردت إلى الرق يبطل النكاح الذي باشره المولى وإن أجازه المولى لأنه طرأ حل بات على موقوف فأبطله إلا أن هذا كله ثبت بالدليل وهو يعمل العجائب

وقد بحث المحقق في فتح القدير بأن الذي يقتضيه النظر عدم التوقف على إجازة المولى بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من أنه إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأعتقه نفذ لأنه لو توقف فإما على إجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته وإما على العبد فلا وجه له لأنه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولأنه كان نافذا من جهته

وإنما توقف على السيد

فكذا السيد هنا فإنه ولي مجبر وإنما التوقف على إذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد

وهذا هو الوجه وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين وهذا بخلاف الصبي إذا زوج نفسه بغير إذن وليه فإنه موقوف على إجازة وليه فلو بلغ قبل أن يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لأن العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته إذ لا نفاذ حالة الصبا أو عدم أهلية الرأي بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة

والحاصل أن الصغير والصغيرة ليسا من أهل العبارة بخلاف البالغ اه

وجوابه أنه سواء (((سوء))) أدب وغلط أما لأول فلأن المسألة صرح بها الإمام محمد في الجامع الكبير فكيف ينسب السهو إليه وإلى مقلديه وأما الثاني فلأن محمدا علل لتوقفه على إجازة المولى بأنه تجدد له ولاية لم تكن وقت العقد وهي الولاء بالعتق ولذا إنما يكون له الإجازة إذا لم يكن لها ولي أقرب منه كالأخ والعم قال فصار كالشريك زوج العبد ثم ملك الباقي وكمن أذن لعبد ابنه أو زوج نافلته ثم مات الابن بخلاف الراهن ومولى المأذون باعا ثم سقط الدين حيث لا يفتقر إلى الإجازة لأن النفاذ بالولاية الأصلية

وحاصله أن الولاية التي قارنها رضاه بتزويجها ولاية بحكم

." (١)

"أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لأنه غني بهذه الأشياء

وإن كانا فقيرين فعند الخصاف أن الأب بتكفف (((يتكفف))) الناس وينفق على أولاده الصغار وقيل نفقتهم في بيت المال

هذا إذا كان عاجزا عن الكسب وإن كان قادرا على الكسب اكتسب وأنفق فإن امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون

ولا يحبس والد إن علا في دين ولده وإن سفل إلا في النفقة لأن في الامتناع عن الإنفاق إتلاف النفس وإذا لم يف كسبه بحاجته أو لم يكتسب لعدم تيسره أنفق عليهم القريب ورجع على الأب إذا أيسر وإن كان الأب غنيا والولد الصغير فقيرا فالنفقة على الأب إلى أن يبلغ الذكر حد الكسب وإن لم يبلغ الحلم فإذا كان هذا كان للأب أن يؤاجره وينفق عليه من أجرته وليس له في الأنثى ذلك فلو كان الأب مبذرا يدفع كسب الابن إلى أمين كما في سائر أملاكه وإن كان الأب فقيرا والصغير غنيا لا تجب نفقته على أبيه بل نفقة أبيه عليه كذا في الذخيرة

وذكر الولوالجي أن في كل موضع أوجبنا نفقة الولد فإنه يدخل فيه أولاده وأولاد البنات والبنين

وفي الذخيرة أن الأم إذا خاصمت في نفقة الأولاد فإن القاضي يفرض على الأب نفقة الصغار الفقراء ويدفع النفقة إليها لأنها أرفق بالأولاد

---

(١) البحر الرائق، ٢١٢/٣

فإن قال الأب إنها لا تنفق وتضيق عليهم لا يقبل قوله لأنها أمينة ودعوى الخيانة على الأمين لا تسمع من غير حجة فإن قال للقاضي سل جيرانها فالقاضي يسأل جيرانها احتياطا وإنما يسأل من كان يداخلها فإن أخبر جيرانها بمال قال الأب زجرها القاضي ومنعها عن ذلك نظرا لهم

ومن مشايخنا من قال إذا وقعت المنازعة بين الزوجين كذلك وظهر قدر النفقة فالقاضي بالخيار إن شاء دفعها إلى ثقة يدفعها إليها صباحا ومساء ولا يدفع إليها جملة وإن شاء أمر غيرها أن ينفق على الأولاد

وإذا صالحت المرأة زوجها على نفقة الأولاد الصغار موسرا كان الزوج أو معسرا جاز

واختلف المشايخ في طريق جواز هذا الصلح فقال بعضهم لأن الأب هو العاقد من الجانبين كبيعه مال ولده الصغير في نفسه وشرائه كذلك

وقال بعضهم لأن العاقد الأب من جانب نفسه والأم من جانب الصغار لأن نفقتهم من أسباب التربية والحضانة وهي للأم

ثم ينظر إن كان ما وقع عليه الصلح أكثر من نفقتهم بزيادة يسيرة فهو عفو وهي ما تدخل تحت تقدير المقدرين (((القدير))) وإن كان لا تدخل طرحت عنه وإن كان المصالح عليه أقل بأن كان لا يكفيهم يزاد إلى مقدار كفايتهم

قوله (ولا تجبر أمه لترضع) لأنه كالنفقة وهي على الأب وعسى لا تقدر فلا تجبر عليه قضاء وتؤمر به ديانة لأنه من باب الاستخدام وهو واجب عليها ديانة كما قدمناه

أطلقه فشمل ما إذا كان الأب لا يجد من يرضعه أو كان الولد لا يأخذ ثدي غيرها

ونقل الزيلعي والإتقاني أنه ظاهر الرواية لأنه يتغذى بالدهن وغيره من المائعات فلا يؤدي إلى ضياعه ونقل عدم الإجبار في هذه الحالة في المجتبى عن البعض ثم قال والأصح أنها تجبر عند الكل اه

وجزم به في الهداية وفي الخانية وعليه الفتوى وذكر في فتح القدير أنه الأصوب لأن قصر الرضيع الذي لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته اه

وفي الخانية وإن لم يكن للأب ولا للولد الصغير مال تجبر الأم على الإرضاع عند الكل اه

فمحل الخلاف عند قدرة الأب بالمال

وفي غاية

". (١)

"لا منافاة بخلاف العبد المرتد لأنه لا فائدة في دفعه إليه لأنه يقتل

ويستثنى من خدمته لها وطؤها فقد صرح الإسبيجابي بأنه لا يطؤها وقدمنا عن الولوالجي ما يفيده

وأفاد بقوله تحبس أنها لا تسترق في دار الإسلام وقدمنا فيه رواية في باب نكاح الكافر مع بقية أحكام ردتها فارجع إليه

ولم يذكر المصنف أنها تضرب لأنه لم يذكر في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية وقد نقل الشارحون في باب نكاح الكافر أنها إذا ارتدت تضرب خمسة وسبعين وهو اختيار لقول أبي يوسف في نهاية التعزير وهو المأخوذ به في كل تعزير بالضرب كما في الحاوي القدسي وذكر في فتح القدير هنا ويروى عن أبي حنيفة أنها تضرب في كل يوم وقدرها بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب في كل يوم تسعة وثلاثين سوطا إلى أن تموت أو تسلم

ولم يخصه بحرة ولا أمة وهذا قتل معنى لأن موالاة الضرب تفضي إليه اه

وأطلق في حبسها فشمل ما إذا لحقت بدار الحرب ثم سبيت واسترقت فإنها تجير (((تجبر))) على الإسلام بالضرب والحبس ولا تقتل كما صرح به في البدائع ولا يكون استرقاقها مسقطا عنها الجبر على الإسلام كما لو ارتدت الأمة ابتداء فإنها تجبر على الإسلام

وشمل ما إذا كانت صغيرة عاقلة لما في المحيط من باب ما يجب للمطلقة قبل الدخول ما يجب جزاء على الردة يجوز أن تؤاخذ الصغيرة به ألا ترى أنها تحبس على الردة كما تحبس الكبيرة والحبس جزاء الردة اه

قوله (ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا فإن أسلم عاد ملكه) قالوا وهذا عند أبي حنيفة

وعندهما لا يزول ملكه لأنه مكلف محتاج فإلى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا يقتل إلا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير أنه مدعو إلى الإسلام **بالإجبار** عليه ويرجى عوده إليه فتوقفنا في أمره فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم فصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل بالسبب وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر أمره فعمل السبب عمله وزال ملكه

---

(١) البحر الرائق، ٢١٩/٤

ثم اختلف الشيخان في حكم تبرعاته فقال أبو يوسف من جميع المال كتصرف من وجب عليه القصاص

وقال محمد هو بمنزلة المريض فتكون من الثلث لكونه على شرف التلف

وفي البدائع لا خلاف أنه إذا أسلم أن أمواله باقية على حكم ملكه وأنه إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب أنها تزول عن ملكه وإنما الخلاف في زوالها بهذه الأشياء الثلاثة مقصورا على الحال وهو قولهما أو مستندا إلى وقت وجود الردة وهو قوله وثمرته تظهر في تصرفاته فعندهما نافذة قبل الإسلام وعنده موقوفة لوقوف املاكه اه

قيد بالملك لأنه لا توقف في إحباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الإيمان فإن الارتداد بالنسبة إليها قد عمل عمله كذا في العناية

وذكر في الخانية إذا استأجر المسلم دارا أو عقارا أو منقولا ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل إجارته كأنه مات وكذا إذا استأجر ثم ارتد

ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم ارتد ولحق بدار الحرب أو لم يلحق بطلت وصيته وكذا لو أوصى إلى رجل وجعله قيما في ماله ثم ارتد ولحق بدار الحرب أو لم يلحق بطل إيصاؤه

وإن وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم وإن عاد إلينا مسلما هل يعود وكيلا ذكر في الوكالة أنه لا يعود وذكر في السير أنه يعود ولو ارتد الوكيل ولحق وقضى به ثم عاد مسلما قال أبو يوسف لا يعود وكيلا

وقال محمد يعود اه

والحاصل أنه لا توقف في إبطال عباداته وبينونة امرأته وإيجاره واستئجاره ووصيته وإيصائه وتوكيله ووكالته وقدمنا أن من عباداته التي بطلب (((يطلب))) بردته وقفه وأنه لا يعود بإسلامه

وقيد بالمرتد لأن المرتدة لا يزول ملكها عن مالها بلا خلاف فيجوز تصرفاتها في مالها بالإجماع لأنها لا تقتل فلم تكن ردتها سببا لزوال

". (١)

---

(١) البحر الرائق، ١٤٠/٥

"كما لو طلبوا قسمة البئر والرحى والحائط والحمام لأن القسمة لتكميل المنفعة وفي قمسة (((قسمة))) هذا تفويت فيعود على موضعه بالنقص ولأن الطالب للقسمة متعنت ويريد إدخال الضرر على غيره فلا يجبه (((يجيبه))) الحاكم إلى ذلك لأنه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي لأن الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم لكن القاضي لا يباشر ذلك وإن طلبوه منه لأن القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه لا سيما إذا كان فيه إضرار وإضاعة مال لأن ذلك حرام ولا يمنعهم (((يمنع))) منه اه

كلام الشارح

لكن ظاهر المتن أن القاضي يقسم عند رضاهم

وفي الينابيع والذخيرة ذكر شيخ الإسلام أن القاضي لا يقسم وبعض المشايخ قال يقسم فظهر أن في المسألة روايتين

قال رحمه الله (وإن انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط) يعني يقسم بطلب صاحب الكثير كذا ذكره صاحب الخصاف ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والإنصاف فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي أن يجيبه إلى ذلك ولا يعتبر ضرر الآخر لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع بحقه مع أنه متعنت في طلب القسمة فلا يشتغل القاضي بما لا يفيد

وذكر الجصاص أنه إن طلب صاحب القليل قسم وإن طلب صاحب الكثير لا يقسم وذكر الحاكم أيهم طلب القسمة يقسم القاضي

والأصح ما ذكر الخصاف لأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم

ولم يتعرض المؤلف لما إذا كان كل واحد منهم لا ينتفع قال في المبسوط بيت بين رجلين أراد أحدهما القسمة وامتنع الآخر وهوصغير لا ينتفع به واحد منهما لا يجيبهما القاضي إلى ذلك والأصح أنه لا يقسم إلا إذا طلب صاحب الكثير خاصة ومنهم من صحح ماذكره الحاكم والأول أصح اه

قال رحمه الله (ويقسم العروض من جنس واحد) لأن اعتبار المبادلة في المنفعة المالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزا فيملك القاضي **الإجبار** عليهما

قال رحمه الله (ولا يقسم الجنسين والجواهر) أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعمل التراضي دون جبر القاضي ولهذا قيد بالتراضي

وأما الجواهر فلأن جهالتها متفاحشة ألا ترى أنه لا يصلح غير المعين منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع

وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل إن اختلف جنسهما لا يقسم وإن اتحد يقسم كسائر الأجناس

وفي العتابية والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة مختلفة الجنس فلا يقسمها جبرا وكذلك الأثواب المتخذة من القطن والكتان إذا اختلف بالصنعة كالقباء والجبة والقميص كذلك وفي مختصر خواهر زاده ولا يقسم السرج ولا الفرس ولا المصحف وفي التجريد لو أوصى لهما بصوف على ظهر غنم أو لبن في ضرع أو بما في بطون الغنم لا يقسم قبل الجز والحلب والولادة

وفي الخانية إذا كان بين رجلين ثوب مخيط لا يقسم القاضي بينهم ولو غير مخيط فاقتسماها طولا أو عرضا جازت القسمة

قال رحمه الله (والرقيق والحمام والبئر والرحى إلا برضاهم) أما الرقيق فالمذكور هنا قول الأمام

وعندهما يجوز لاتحاد الجنس والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الإبل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين

وللإمام أن التفاوت بينهما فاحش لتفاوت المعاني الباطلة كالدهن والكياسة بخلاف سائر الحيوانات لأن الانتفاع بهما لا يختلف إلا شيئا يسيرا وذلك مغتفر في القسمة ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان ومن الحيوانات جنس واحد فلا يجوز القياس وقسمة الغنائم تجري في الأجناس فلا تلزم وهذا الخلاف فيما إذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شيء آخر من العروض وهم ذكور فقط أو أناث فقط وأما إذا كانوا مختلطين بين الذكور والإناث لا يقسم بالإجماع لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد

وإن كان مع الرقيق شيء آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالإجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض وكم من شيء يدخل تبعا وإن لم يجز دخوله قصدا

وأما الحمام والبئر والرحى فلما ذكر من إلحاق الضرر بالكل

ولو اقتسما الحمام أو البئر بأنفسهم جاز ولكل واحد نوع منفعة بأن يتخذ نصيبه من الحمام بيتا وإن طلبا جميعا القسمة من القاضي هل يقسم فيه روايتان في رواية لا يقسم لأنها تضمنت

". (١)

"جنس الدين بخلاف الوكيل المفرد لأن العدل مأمور بقضاء الدين فيملك المصارفة بالثمن من جنس الدين حتى يملك إيفاء الدين كما لو قال لآخر اقض ديتي (((ديني))) من داري كان مأمورا ببيع الدار وبإيفاء الدين من ثمنها

وكل العدل ببيع الرهن وكيلا فباع جاز إن كان حاضرا وإن كان غائبا لم يجز إلا أن يجيزه بعد البيع كما في الوكيل المفرد على ما مر وكذلك لو قدر العدل للوكيل ثمنا جاز مطلقا وقيل هو على التفصيل الذي ذكرنا وقيل فيه روايتان في رواية الوكالة أنه لا يجوز إلا أن يبيع بحضرته أو بإجازته وفي رواية الكتاب يجوز مطلقا لأن هذا بيع حضره رأي الأول لأن الرأي إنما يحتاج إليه من الأول لتقدير الثمن لأن ثمن الشيء لا يعرف إلا بالرأي (((برأي))) فإذا قدر الأول الثمن وقد باع الثاني بذلك المقدار فقد حضر رأي الأول وإن لم ينعقد بعبارته والشرط أن يكون برأيه ونطقه فصار كما لو باع بحضرته

وجه رواية الوكالة أن هذا بيع لم يحضره الأول لأن رأي الأول بالثمن الذي قدر تعلق بعدم العلم برغبة المشتري في الزيادة في ثمن المبيع وبعدم زيادة رواج السلعة لأن الأول متى علم من المشتري الرغبة في المبيع بالزيادة على الثمن المذكور لا يجبره في ذلك فيكون في ذلك احتمال فلا يثبت رأي الأول بالشك والاحتمال بخلاف ما لو أجاز فإن الثاني لا يصير مؤتمنا حال غيبة الأول ضرورة صحة الإجازة فإنه لا بد من الحكم بصحة الإجازة إذا حصلت الإجازة ممن يملك الإنشاء وائتمان الأجنبي يثبت حالة الضرورة كالمودع إذا دفع الوديعة إلى الأجنبي حالة الخوف والفرق جاز وفي غير هؤلاء لو صار الثاني مؤتمنا فإنما يصير مؤتمنا ضرورة صحة التوكيل ولا ضرورة إلى الحكم بصحة التوكيل لأنه ليس إنشاء عقد ولا إجارة وائتمان الأجنبي من غير ضرورة لا يجوز فكانت هذه الرواية أصح

باعه أجنبي فأجازه الراهن والمرتهن وأبى العدل ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز لأن الحق لهما لا يعدوهما لأن الملك للراهن والحق للمرتهن فيشترط اجتماعهما على الإجازة فإذا أجاز أجاز وكان ذلك إخراجا للعدل عن الوكالة وتوكيلا للآخر بالبيع ولهما ذلك كما لو كان للراهن أرض خراج أو عشر

---

(١) البحر الرائق، ١٧٢/٨

وأخذ الخراج والعشر من الراهن لا يرجع في ثمنه لأن الراهن صار قاضيا حقا واجبا عليه فلا يرجع به في حال تعلق به حق غيره وإن أخذ ذلك من الثمرة أو الغلة لا يبطل شيئا من الرهن لأن هلاك الزيادة من العين لا يسقط شيئا من الثمن ويكون ذلك محسوبا على الراهن ولأنه لو لم يستحق شيئا من العين فإن لصاحب الأرض أن يعطي الخراج من مال آخر فلم يصر شيء من الدين مستحقا إلا إذا أخذه السلطان بغير حق فإنه يسقط من الدين بقدره لأنه غصب منه فصار كما لو هلك بعض الرهن في يده

ولو كان الراهن مفلسا والرهن في يد العدل فاستحق العبد فدفع العدل البدل وأبقاه في يده يبيعه ويستوفي ثمنه وهو أحق به من المرتهن لأن حقهما تعلق بالعبد في وقت واحد لأن حق المرتهن فيما تحول من العبد إلى ثمنه بالبيع وإنما يتعلق بالعبد ثانيا بعد الرد وحق العدل تعلق بالعبد في هذا الوقت فقد استوفيا الحقين في وقت تعلق الحق ترجح دين العدل لتعلقه بالعبد لأنه وجب بسبب هذا العبد ودين المرتهن لم يجب بسبب هذا العبد فصار العدل أولى كدين العبد مع دين المولى فيكون دين العبد أحق وصار كما لو دفع العدل الثمن إلى المرتهن ثم رد عليه بالعيب فيسترد الثمن منه فكذا هذا باع العدل بيعا فاسدا لا يضمن كالوكيل المفرد

ومعنى الإجبار أن يحبسه القاضي أياما ليبيع فإن لج بعد الحبس أياما فالقاضي يبيعه عليه وهذا على أصلهما ظاهر وأما على أصل أبي حنيفة فكذلك عند البعض لأنه تعين جهة لقضاء الدين ولأن بيع الرهن صار مستحقا للمرتهن بخلاف سائر المواضع

وقيل لا يبيع القاضي عنده كما لا يبيع المديون عنده لقضاء الدين ثم إذا أجبر على البيع وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الإجبار لأن الإجبار وقع على قضاء الدين بأي طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وإنما البيع طريق من طرقه ولأنه إجبار لحق وبمثله لا يكون مكرها فلا يفسد إجباره به

ولو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وإنما شرطاه بعده قيل لا يجبر لأن التوكيل لم يصر وصفا من أوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات وقيل يجبر كي يؤدي حقه وهذا أصح حتى روي عن أبي يوسف أن الجواب في الفصلين واحد في أنه يجبر على القول قضاء وذكر محمد في الجامع الصغير والأصل الإجبار مطلقا من غير تفصيل من أن تكون الوكالة مشروطة فيه يدل على ذلك فلو باع العدل خرج من أن يكون رهنا

". (١)

"

والنظر في أمر غير مكلف من أولاده وتزويج مولياته ويقوم وصية مقامه في **الإجبار** ولا تصح وصية المرأة بالنظر في حق أولادها الأصاغر ولا وصية الرجل بالنظر على بالغ رشيد لعدم ولاية الموصي حال الحياة قال في الشرح وأما من لا ولاية له عليهم كالإخوة والأعمام وسائر من عدا الأولاد فلا تصح الوصية عليهم لا نعلم فيه خلاف إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالا للجد ولاية لعى ابن ابنه وإن سفل انتهى

لا باستيفاء الدين مع رشد وارثه وبلوغه لانتقال المال إلى من لا ولاية له عليه

ومن وصي في شيء لم يصر وصيا في غيره لأنه استفاد التصرف بالإذن فكان مقصورا على ما أذن له فيه كالوكيل

وإن صرف أجنبي أي من ليس بوارث ولا وصي

الموصى به لمعين في جهته الموصى به فيها

لم يضمنه لمصادفة الصرف مستحقة

وإذا قال له ضع ثلث مالي حيث شئت أو أعطه أو تصدق به على من شئت لم يجز له أخذه لأنه منفذ كالوكيل في تفرقة مال

ولا دفعه إلى أقاربه الوارثين ولو كانوا فقراء نص عليه لأنه متهم في حقهم

ولا إلى ورثة الموصي نص عليه لأنه قد أوصى بإخراجه فلا يرجع إلى ورثته

ومن مات ببرية ونحوها كجزائر لا عمران بها

ولا حاكم حضر موته

". (٢)

"

فيجبر الحاكم أحد الشريكين إذا امتنع ويشترط لذلك ثبوت ملك الشركاء وثبوت أن لا ضرر فيها وثبوت إمكان تعديل السهام في المقسوم فإذا اجتمعت أجبر الممتنع لأن طالبها يطلب إزالة ضرر الشركة

---

(١) البحر الرائق، ٢٩٥/٨

(٢) منار السبيل، ٤٨/٢

عنه وعن شريكه وحصول النفع لكل منهما بتصرفه في ملكه بحسب اختياره من غير ضرر بأحد فوجبت إجابته ويقسم عن غير مكلف وليه فإن امتنع أجبر ويقسم حاكم على غائب بطلب شريكه أو وليه لأنها حق عليه فجاز الحكم به كسائر الحقوق

ويصح أن يتقاسما بأنفسهما وأن ينصبا قاسما بينهما لأن الحق لا يعدوهما أو يسألا الحاكم نصبه لأنه أعلم بمن يصلح للقسمة فإذا سألاه وجبت إجابتهما لقطع النزاع

ويشترط إسلامه وعدالته وتكليفه ليقبل قوله في القسمة

ومعرفته بالقسمة ليحصل منه المقصود ويكفي واحد إن لم يكن في القسمة تقويم لأنه كالحاكم

وأجرته بينهما على قدر أملاكهما نص عليه ولو شرط خلافه

وإن تقاسما بالقرعة جاز ولزمت القسمة بمجرد خروج القرعة لأن القاسم كحاكم وقرعته حكم نص عليه

ولو فيما فيه رداءة وضرر إذا تراضيا عليها وخرجت القرعة إذ القاسم يجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق فوجب أن تلزم قرعته كقسمة **الإجبار**

وإن خير أحدهما الآخر بلا قرعة وتراضيا لزمت بالتفريق بأبدانهما كالبيع

وإن خرج في نصيب أحدهما عيب جهله خير من فسخ وإمساك ويأخذ الأرش كالمشتري لوجود النقص

". (١)

" الإمام وهو رواية عن أبي يوسف عدم جوازه أي عدم جواز نكاحها إذا زوجت نفسها بلا ولي في غير الكفء وبه أخذ كثير من مشايخنا لأن كم من واقع لا يرفع وعليه فتوى قاضي خان وهذا أصح وأحوط والمختار للفتوى في زماننا إذ ليس كل ولي يحسن المرافعة ولا كل قاض يعدل فسد هذا الباب أولى خصوصا إذا ورد أمر السلطان هكذا وأمر بأن يفتى به

وفي الفتح وغيره لو زوجت المطلقة ثلاثا نفسها بغير كفء ودخل بها لا تحل للأول قالوا ينبغي أن تحفظ هذه فإن المحلل في الغالب يكون غير كفء أما لو باشر الولي عقد المحلل فإنها تحل للأول هذا

---

(١) منار السبيل، ٢/٤٢١

إذا كان لها ولي أما إذا لم يكن لها ولي فهو صحيح مطلقا اتفاقا كما في البحر وعند محمد ينعقد موقوفا على إجازة الولي

ولو وصلية من كفء ومعنى كونه موقوفا أنه لا يجوز وطؤها قبل الإجازة ولا يقع الطلاق ولا يتوارث أحدهما من الآخر ويروى رجوعه إلى قول الإمام ولهذا قال بعض الفضلاء والأولى أن يقول وعن محمد لكن في الغاية قال رجاء بن أبي رجاء سألت محمدا عن النكاح بغير ولي فقال لا يجوز قلت فإن لم يكن لها ولي قال ترفع أمرها إلى القاضي ليزوجها قلت فإن كان في موضع لا حاكم فيه قال يفعل ما قال سفيان قلت وما قال سفيان قال تولي أمرها رجلا ليزوجها انتهى

فيفهم منه عدم رجوعه فلهذا قال وعند محمد تدبر

ولا يجبر ولي بالغة على النكاح بل يجبر الصغيرة عندنا ولو ثيبا لأن ولاية **الإجبار** ثابتة على الصغيرة دون البالغة ولو بكرا وعند الشافعي ثابتة على البكر ولو بالغة دون الثيب ولو صغيرة ثم عندنا كل ولي فله ولاية **الإجبار** وعند الشافعي ليس إلا للأب والجد فإن استأذن الولي البكر البالغة فسكتت أي البكر البالغة أو ضحكت

". (١)

" وعند زفر النكاح ويقع الولاء عن المأمور وأصله أنه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن العهدة وعنده يقع عن المأمور لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء إذ الملك شرط لصحة العتق عن الآمر فيصير قوله أعتق طلب التمليك من المولى بالألف ثم أمره بالإعتاق عند الآمر عنه وقوله أعتقت تمليكا من الآمر ثم الإعتاق عن الآمر وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين كما في الهداية وإن لم تقل الحرة بألف لا يفسد النكاح والولاء له أي للسيد عند الطرفين خلافا لأبي يوسف هو يقول هذا والأول سواء فيثبت الملك هنا بطريق الهبة وتستغني الهبة عن القبض وهو شرط كما يستغني البيع عن القبول وهو ركن ولهما القبول ركن يحتمل السقوط كما في التعاطي وأما القبض فلا يحتمل السقوط في الهبة بحال

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١/٤٩٠

وللمولى إجبار عبده وأمته على النكاح ومعنى **الإجبار** أن ينفذ نكاح المولى بغير رضاهما خلافا للشافعي هذا إذا كانا كبيرين وإن كانا صغيرين يجوز **الإجبار** عنده أيضا دون مكاتبه ومكاتبته لأنهما التحقا بالأحرار في التصرف فيشترط رضاهما

باب نكاح الكافر والمناسبة ظاهرة بينهما لأن الرق أثر الكفر إلا أن الكافر أدنى منه والتعبير بالكافر أولى من تعبير بعضهم بنكاح أهل الشرط لأنه لا يشمل الكتابي وإذا تزوج كافر بلا شهود أو في

---

(١) ".

" التجارة لا التكدي فكان إذنا له دلالة ويعتق العبد إن أدى المال كله بنفسه لأنه لو أمر غيره بالأداء فأدى لا يعتق بخلاف المكاتب كما في المحيط في المجلس لوجود المعلق به فلا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس

وفي البدائع لو أدى مكان الدراهم دنانير لا يعتق بخلاف المكاتب أو خلى العبد بين المولى وبين المال بأن وضعه في موضع يتمكن المولى من أخذه فيه أي في المجلس في التعليق بإن لأن إن لمجرد التعليق وليس له أثر في الوقت فيتقيد بالمجلس خلافا لأبي يوسف

و يعتق متى أدى أو متى خلى بينه وبينه في التعليق بإذا فلا يتقيد بالمجلس لأن إذا للوقت كمتى فيعم الأوقات كما بين في موضعه ويجبر أي الحاكم المولى على القبض ومعنى **الإجبار** فيه تنزيل الحاكم أو المولى منزلة القابض بالتخلية ويحكم بعتق العبد قبض أو لا لا ما هو المفهوم من **الإجبار** عند الناس من الإكراه بالضرب وغيره

وقال زفر يعتق بالقبض فلا يجب على المولى القبول ولا يجبر عليه وهو القياس وإن أدى العبد البعض يجبر المولى على القبض أيضا اعتبارا للبعض بالكل

وقال بعض المشايخ إن أدى البعض لا يجبر على القبول فعلى هذه الرواية إن أدى البعض بطريق التخلية لا ينزل المولى منزلة القابض لكن المختار أنه يكون قابضا إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لأن شرط العتق أداء الكل ولم يوجد فلا يعتق لأنه لم يصر قابضا في حق البعض

وفي التبيين هذا إذا كان المال معلوما وإن كان مجهولا بأن قال إن أديت إلي درهما فأنت حر لا يجبر على قبول المال لأن مثل هذه الجهالة لا تكون في المعاوضة فيكون يمينا محضا ولا جبر فيها كما

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١/٥٤٢

لو حط عنه البعض بطلبه فأدى العبد الباقي وكذا إذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط بخلاف المكاتب ثم إن أدى العبد ألفا كسبها أي العبد قبل التعليق رجع المولى عليه بمثلها لأن ما كسبه قبله مال استحقه المولى ويعتق لوجود شرط العتق وهو مطلق

". (١)

" وهبته ورهنه وعتقه وتدبيره وكتابته ووصيته وفسر وقوفها بقوله فإن أسلم ورجع عن ارتداده صحت هذه العقود والتصرفات

وإن مات أو قتل أو حكم بلحاقه بطلت وهذا عند الإمام بناء على أن الأصل عنده أن الردة تزيل الملك فلذا قال وقالا لا يزول ملكه أي المرتد عن ماله لأن أثر الردة في إباحة دمه لا في زوال ملكه كالمقضي عليه بالرجم والقود وله أن المرتد زالت عصمة نفسه بالردة فكذا عصمة ماله لأنها تابعة للنفس غير أنه لما كان مدعوا إلى الإسلام **بالإجبار** عليه ويرجى عوده إليه لوقوفه على

". (٢)

" فكان له تبديله بجنسه ضرورة

وفي القياس لا يبدل لأن النقدين جنس واحد من حيث الثمنية

ولو افترقا أي المضارب ورب المال بالفسخ و كان في المال دين على الناس لزمه أي المضارب الاقتضاء أي مطالبة الدين شرعا إن كان فيه ربح لأنه يأخذ الأجر فعليه عمل الطلب وإلا أي وإن لم يكن فيه ربح فلا يلزم الاقتضاء لأنه وكيل محض وهو متبرع فلا جبر على المتبرع ويوكل المضارب المالك به أي بالاقتضاء لأن المضارب هو العاقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد فلا بد من توكيله المالك في الطلب إذا امتنع كي لا يضيع حق رب المال حيث لا يدفع المديون الدين إليه وإنما يدفعه إلى من عقد معه أو إلى وكيله

وكذا أي مثل هذا حكم سائر الوكلاء فإنهم إذا امتنعوا عن الاقتضاء يوكلون الملاك والبياع من باع الناس بأجر والسمسار بالكسر المتوسط بين البائع والمشتري يبيع ويشتري للناس بأجر من غير أن يستأجر

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢٤٣/٢

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٤٩٢/٢

يجبران عليه أي على الاقتضاء لوجود سبب **الإجبار** وهو العمل بأجرة عادة فجعل ذلك بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليهما التقاضي والاستيفاء لأنه وصل إليهما بدل عملهما فصار كالمضارب إذا كان في المال ربح

وما هلك من مال المضاربة صرف إلى الربح أولا دون رأس المال لأنه تابع ورأس المال أصل فينصرف الهالك إلى التابع كما في مال الزكاة إلى العفو ابتداء فإن زاد الهالك على الربح لا يضمن المضارب لكونه أمينا سواء كان من عمله أو لا ويقبل قوله في هلاكه وإن لم يعلم ذلك كما قيل في الوديعة وسواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة فهي أمانة عند الإمام وعندهما إن كانت فاسدة فالمال مضمون كما في المنح وهو قول الطحاوي لكن ظاهر الرواية عدم الضمان في الكل كما قررناه في قوله ولا يضمن المال فيها

فإن اقتسماه أي المضارب والمالك الربح وفسخت

". (١)

" والمال عروض يملك وصي المضارب بيعها

ولو وكله أي العدل بالبيع مطلقا ملك بيعه بالنقد والنسيئة فلو نهاه أي العدل بعده أي بعد توكيله مطلقا عن بيعه نسيئة لا يعتبر نهيه لأنه لازم بأصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمي كموت الموكل أو ارتداده ولحوقه بدار الحرب لأن الرهن لا يبطل بموته ولو بطل إنما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما تقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وتنعزل بعزل الموكل وتمامه في التبيين فليراجع

ولا يبيع الراهن ولا المرتهن الرهن بلا رضى الآخر لتعلق حق كل منهما بالرهن كما بيناه فإن حل الأجل والراهن أو وارثه بعد موته غائب وأبى الوكيل أن يبيعه أجبر بالاتفاق الوكيل على بيعه أي الرهن بأن يحسبه القاضي أياما فإن لج بعد الحبس أياما فالقاضي يبيع عليه وهذا على أصلهما ظاهر وأما على أصل الإمام فكذلك عند البعض لأن جهة البيع تعينت لأن بيع الرهن صار حقا للمرتهن إيفاء لحقه بخلاف سائر أموال المديون وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده وفيه إشعار بأنه لو حضر الراهن لم يجبر الوكيل بل أجبر هو كما في القهستاني ثم إن البيع لا يفسد بهذا **الإجبار** لأنه إجبار بحق فصار كلا إجبار وفيه إيهام أنه لا يجوز البيع قبل حلول الأجل

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣/٤٥٨

وفي الخانية لو سلط العدل على البيع مطلقا ولم يقل عند حلول الدين فله أن يبيع قبل ذلك كما يجبر الوكيل بالخصومة عليها أو على الخصومة عند غيبة موكله أي إذا وكل المدعى عليه رجلا بخصومته بطلب المدعي فغاب الموكل وأبى الوكيل أن يخاصمه فإنه يجبر

على الخصومة لأن المدعي خلى سبيل المدعى عليه اعتمادا على أن وكيله يخاصمه فلا يمكن للوكيل أن يمتنع كما في الكافي وفيه إشعار بأن تكون الوكالة بطلب المدعي لكن إطلاق المتن بخلافه تدبر وفي البرجندي والخلاف في إجبار الوكيل بالخصومة كالخلاف في إجبار الوكيل ببيع الرهن وإنما قيد الوكيل بالخصومة لأن الوكيل بقضاء الدين لا يجبر إذا وكله بقضائه من مال نفسه بخلاف ما إذا وكله بقضاء الدين من قال الموكل انتهى

وكذا يجبر على بيعه لو شرط الوكالة بعد عقد الرهن

". (١)

"بقاء الوظيفة فيه مانع فيندرج في ذلك الاستثناء السابق

هذا ثم إلى الآن لم يحصل جواب قول مالك أن التغيير إبطال لحق الفقراء بعد تعلقه فلا يجوز والتضعيف أيضا إبطال له لأن مصرف العشر المضاعف مصارف الجزية وإبقاء حقهم غير ممكن لأن ماله غير صالح له فلما لم يكن فيها إحدى الوظائف الثلاثة ولا إخلاؤها مطلقا وجب إجباره على إخراجها كما إذا اشترى الذمي عبدا مسلما عندنا يصح ويجبر على إخراجه عن ملكه فإن قلت فقول الشافعي بعدم الصحة حينئذ أول لأنه تعذرت الوظائف والإخلاء فوجب أن لا تبقي فلا فائدة في تصحيح العقد ثم **الإجبار** على الإخراج

فالجواب أن نفي الفائدة مطلقا ممنوع إذ قد يستتبع فائدة التجارة والاكتساب أو قصد الهبة في أغراض كثيرة فيجب التصحيح قوله فجعلها بستانا قيد به لأنه لو لم يجعلها بستانا وفيها نخل تغل أكرارا لا شيء فيها

قوله لأن الوظيفة تدور في مثله مع الماء فإذا كان الماء خراجيا ففيها الخراج وإن كانت عشرية في الأصل سقط عشرها باختطاطها دارا وإن سقيت بماء العشر فهي عشرية وإن كانت خراجية سقط خراجها بالاختطاط أيضا فالوظيفة في حقه تابعة للماء وليس في جعلها خراجية إذا سقيت بماء الخراج ابتداء

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢٩١/٤

توظيف الخراج على المسلم كما ظنه جماعة منهم الشيخ حسام الدين السغناقي في النهاية وأيد عدم امتناعه بما ذهب إليه أبو اليسر من أن ضرب الخراج على المسلم ابتداء جائز وقول شمس الأئمة لا صغار في خراج الأراضي إنما الصغار في خراج الجماجم بل إنما هو انتقال ما تقرر فيه الخراج بوظيفته إليه وهو الماء فإن فيه وظيفة الخراج فإذا سقي به انتقل هو بوظيفته إلى أرض المسلم كما لو اشترى خراجية وهذا لأن المقاتلة هم الذين حموا هذا الماء فثبت حقهم فيه وحقهم هو الخراج فإذا سقي به مسلم أخذ منه حقهم كما أن ثبوت حقهم في الأرض أعني خراجها لحمايتهم إياها يوجب مثل ذلك وصرح محمد في أبواب السير من الزيادات بأن المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج وحمله السرخسي على ما إذا لم يباشر سبب ابتدائه بذلك ليخرج هذا الموضع وأنت علمت أن هذا ليس منه

وقوله الوظيفة في مثله أي فيما هو ابتداء توظيف على المسلم من هذا ومن الأرض التي أحياها لا كل ما لم يتقرر أمره في وظيفة كما في النهاية بأن الذمي لو جعل دار خطته بستانا أو أحيا أرضا أو رضخت له لشهوده القتال كان فيها الخراج وإن سقاها بماء العشر عند أبي حنيفة رحمه الله قوله وليس على المجوسي

". (١)

"حديثا فأنكره فقال له ربيعة أنت حدثتني به عن أبيك فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثني ربيعة عني اللهم إلا أن يقال هذا في عدم التكذيب أما إذا كذبه بأن يقول ما رويت ذلك فنصوا في الأصول على رده وفي حكاية ابن جريج إيماء إلى ذلك في رواية ابن عدي في الكامل إياها في ترجمة سليمان بن موسى حيث قال قال ابن جريج فلقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه فقلت له إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك قال فأثنى على سليمان خيرا وقال أخشى أن يكون وهم على آه فهذا اللفظ في عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى نفيه بلفظ النفي وأما ما ضعفه به من أن عائشة رضي الله عنها راويته عملت بخلافه على ما في الموطإ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلي يفتات عليه في بناته فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير فقال إن ذلك بيد عبد الرحمن وقال عبد الرحمن ما كنت لأرد أمر قضيته فاستمرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا فأول على

(١) شرح فتح القدير، ٢/٢٥٥

معنى أنها أذنت في التزويج ومهدت أسبابه فلما لم يبق إلا العقد أشارت إلي من يلي أمرها عند غيبة أبيها أن يعقد يدل على ذلك ما روى عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال كانت عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها زوج فإن المرأة لا تلي عقد النكاح وفي لفظ فإن النساء لا ينكحن أسنده البيهقي عنه وعلى كلا التقديرين فالتقدمة للصحيح وهو ما رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطإ وهو ما استدللنا به وعلى الثاني وهو إعمال طريقة الجمع فبأن يحمل عمومه على الخصوص وذلك سائغ وهذا يخص حديث أبي موسى بعد جواز كون النفي للكمال والسنة وهو محمل قوله فإن النساء لا تلي ولا ينكحن في رواية البيهقي وبأن يراد بالولي من يتوقف على إذنه أي لا نكاح إلا بمن له ولاية لينفي نكاح الكافر المسلمة والمعتوهة والأمة والعبد أيضا لأن النكاح في الحديث عام غير مقيد وعلى هذا التأويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي وهو ما قدمناه من رواية ابن حبان في فصل الشهادة ويخص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفء والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفء أو حكمه على قول من يصححه ويثبت للولي حق الخصومة في فسخه كل ذلك سائغ في إطلاقات النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعاوضة بينها على أنه يخالف مذهبهم فإن مفهومه إذا أنكحت نفسها بإذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم والله سبحانه أعلم فثبت مع المنقول الوجه المعنوي وهو أنها تصرفت في خالص حقها وهو نفسها وهي من أهله كالمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الأولى قوله ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح معنى **الإجبار** أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أو أبت ومبني الخلاف أن علة ثبوت ولاية **الإجبار** أهو الصغر أو البكارة فعندنا الصغر وعند الشافعي البكارة فانبنى على هذه ما إذا زوج الأب الصغيرة فدخل بها وطلقت قبل البلوغ

". (١)

"فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع خسيسته وأنا كارهة فقالت اجلسي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته فأرسل إلى أبيها فجعل الأمر إليها فقالت يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي وإنما أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء وهذا يفيد بعمومه أن ليس له المباشرة حقا ثابتا بل استحباب وفيه دليل من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها

---

(١) شرح فتح القدير، ٢٦٠/٣

ذلك أيضا وهو حديث حجة وما قيل هو مرسل ابن أبي بردة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح فإن سند النسائي قال حدثنا زياد بن أيوب عن علي بن عراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة ورواه ابن ماجه حدثنا هناد بن السرى حدثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن أبيه قال جاءت فتاة وحمله على أن ذلك لعدم الكفاءة خلاف الأصل مع أن العرب إنما يعتبرون في الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها وأما الدلالة فلا ولاية له أن يتصرف في أقل شيء من مال البكر البالغة إلا بإذنها وكل المال دون النفس فكيف يملك أن يخرجها قسرا إلى من هو أبغض الخلق إليها ويملكه رقها ومعلوم أن ذهاب جميع مالها أهون عليها من ذلك فهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع وأما الاقتضاء فجميع ما في السنة من الصحاح والحسان المصرحة باستئذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا إذنها كما في حديث أبي هريرة لا تنكح البكر حتى تستأذن الحديث وسيأتي لا يعقل له فائدة إلا العمل على وفقه لاستحالة أن يكون الغرض من استئذانها أن تخالف فلو كان **الإجبار** ثابتا لزم ذلك وعزى الأمر بالاستئذان عن الفائدة بل لزمت الإحالة ولما لم يكن الاقتضاء المصطلح قلنا فيما تقدم إنه نوع منه فظهر ظهورا لا مرد له أن إيجاب استئذانها صريح في نفي إجبارها والولاية عليها في ذلك وأما تحقيق مقصود شرعية العقد فلأن المقصود من شرعيته انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى بينهما ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة فإذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب أن لا يجوز لأنه حينئذ عقد لا يترتب عليه فائدته ظاهرا بخلاف ما إذا لم يكن ذلك ظاهرا ثم يطرأ بعد العقد والله سبحانه أعلم قوله وإنما يملك الخ يعني أن العادة جرت بقبض الآباء أصدقة الأبكار ليجهزوهن بها مع أموال أنفسهم من غير معارضة البنات في ذلك لآبائهن ولاستحياء البنات من المطالبة والاقتضاء فكان الإذن منهن ثابتا دلالة نظرا إلى ما ذكرنا فعن ذلك يبرأ الزوج بالدفع إليه إلا أن يوجد نهيها صريحا لأن الدلالة لا تعتبر مع الصريح بخلاف متعلقها ومن فروع قبض الأب صداقها أنه لا يملك إلا قبض المسمى حتى لو كانت بيضا لا يلي قبض السود وبالعكس لأنه استبدال ولا يملكه قال الحلواني هذا مذهب علمائنا وعن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك وهو أرفق بالناس وفي الفتاوي الصغرى وإن قبض الضياع يعني بدل المسمى لا يجوز إلا في مكان جرت العادة فيه بذلك كما في رساتيقنا يأخذون ببعض المهر ضياعا هذا إذا كانت كبيرة بكرا فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لأن بيع والأب يملك بيع مال بنته الصغيرة وفي النوازل وإن كان في بلد يتعارفون قبض الضياع بأضعاف قيمتها جاز لأنه قبض المهر بحكم العرف وليس شراء في الحقيقة وللأب أن يطالب

بالمهر وإن كانت الزوجة صغيرة لا يستمتع بها بخلاف النفقة لأنها جزاء الاحتباس ووجوب المهر حكم فنسى العقد نفس العقد والجد عند عدم

" (١).

"مقتضاها في المال فانتفت فيه وأمكن في النفس فثبتت فيها وهذا لما أثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد من القاضي عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر أو عدم كفاءة وجه قوله في الثيب الصغيرة أنها للحاجة ولا حاجة لحدوث الرأي في أمر النكاح لممارسته ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور أفاد منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة إلى إحراز الكفء والولاية عليها في النكاح مع عدم الشهوة ليس إلا لتحصيله ولا رأي حالة الصغر باعترافه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم أهلية المشاورة حتى أخر جواز نكاحها إلى البلوغ فكان حاصل هذا الكلام تناقضا فإن سلب الولاية بعلة حدوث الرأي تصريح بحدوث الرأي وتأخير نكحها لعدم أهلية المشاورة يناقضه فلزم كون المراد بالثيب في الحديث البالغة حيث علق بالثيوبة ما لا يعتبر إلا بعد البلوغ فإذا لم يحدث الرأي قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله ثبتت الولاية لتحقق الحاجة على ما ذكرنا فمدار الولاية الصغر قال المصنف ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم يعني من جواز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي العصبة مطلقا بعد ما كفينا مئونة إثباته بما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح إلى العصبات من غير فصل بين الأب والجد وغيرهما من العصبات في صورة الصغر أولا روى عن علي موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزي بلفظ الإنكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم أمامة بنت عمه حمزة وهي صغيرة وقال لها الخيار إذا بلغت هذا والترتيب في ولاية النكاح كالترتيب في الإرث والأبعد محجوب بالأقرب فتقدم عصبة النسب وأولاهم الابن وابنه وإن سفل ولايتأتى إلا في المعتوهة وهذا قولهما خلافا لمحمد فإنه يرى أن الأب مقدم على الإبن وستأتى مسئلة وهل يثبت الخيار للأم المعتوهة إذا أفاقت وقد زوجها الإبن في الخلاصة ولو زوجها الابن فهو كالأب بل أولى ثم الأب ثم الجد أبوه ثم الأخ الشقيق ثم الأب وذكر الكرخي أن الأخ والجد يشتركان في الولاية عندهما وعند أبي حنيفة يقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث والأصح أن الجد أولى بالتزويج اتفاقا ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم أعمام الأب كذلك الشقيق ثم أبناؤه ثم لأب ثم

(١) شرح فتح القدير، ٣/٢٦٣

أبناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم أبناؤه ثم عم الجد الأب ثم أباؤه وإن سفلوا كل هؤلاء يثبت لهم ولاية **الإجبار** على البنت والذكر في حال صغرهما وحال كبرهما إذا جنا مثلا غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان جنونه مطبقا ولم يقدر أبو حنيفة في الجنون المطبق قدارا على ما سنذكره فإن

". (١)

"ثم العبد يدعى وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال قلت لك أمس أنت حر إن شئت ولم تشأ وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت القول للمشترى لأن القائل أقر بالبيع ولا يتحقق البيع إلا بقبول المشترى فهو فى قوله لم تقبل راجع عما أقر به قوله ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل أن يقول إن أديت إلى ألفا فأنت حر ومعنى صح قوله أى التعليق فيستعقب مقتضاه وهو أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتبا لأنه صريح فى تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة فى الأنتهاء على ما نبين فى خلافية زفر والكتابة ليست صريحا فى التعليق بل صريحة فى عقد المعاوضة وصار العبد مأذونا ضرورة الحكم الشرعى بصحة هذا التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الأداء وذلك يقتضى أن يتمكن شرعا من الأكتساب حيث علق عتقه بأداء المال ويستلزم طلب المولى منه المال فلزم أن يجعله مأذونا لأنه الموضوع للأكتساب فى العادة وخصوصا عادة المتحققين بصفة أنهم موالى العبيد هو التجارة لا التكدى لأنه خسة يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فأدى عتق لوجود الشرط قوله وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى **الإجبار** فيه وفى سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الإجارة وغيرها أن ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بأن يكون بحيث لو مد يده أخذه وعلى هذا فمعنى نسبة **الإجبار** للحاكم ان يحكم بأنه قبض هذا إذا كان العوض صحيحا أما لو كان خمرا أو مجهولا جهالة فاحشة كما لو كان قال له إن أديت إلى كذا خمرا أو ثوبا فأنت حر فأدى ذلك لا يجبر على قبولهما أى لا ينزل قابضا إلا إن

". (٢)

---

(١) شرح فتح القدير، ٢٧٧/٣

(٢) شرح فتح القدير، ٦/٥

"العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لأنه معتقد إباحته ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقضيها ويرجع وعلينا أن نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستئمان ملتزما جميع أحكامنا في المعاملات بل ما يرجع منها إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد غير أنه لا بد من اعتباره ملتزما الإنصاف وكف الأذى إذ قد التزمنا له بأمانة مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزماه أما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند إعطاء أمانه بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف **والإجبار** على بيعهما فإنه من حقوق العباد لأن استخدامه قهرا وإذلالا للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهودهم ولمحمد وهو الفرق بين المسلم أو الذمي إذا زنى بمستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة أو الذمية إذا زنت بمستأمن حيث لا يجب الحد عنده عليهما أن الأصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلا على ما سنذكره فامتناع الحد في حق الأصل يوجب

---

(١) ".

"جائزة في كل حق يثبت مع الشبهة فخرج مالا يثبت معها وهو الحدود والقصاص فأما التعزير ففي الأجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه أبو الليث على أن كتاب القاضي إلى القاضي لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاضيخان الشهادة على الشهادة جائزة في الأقارير والحقوق وأقضية القضاة وكتبهم وكل شيء إلا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال أحمد والشافعي في قول وأصح قوليه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص أيضا لأن الفروع عدول وقد نقلوا شهادة الأصول فالحكم بشهادة الأصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع قوله وهذا استحسان أي جواز الشهادة على الشهادة والقياس أن لا تجوز لأنها عبادة بدنية وجبت على الأصل وليست بحق للمشهود له حتى لا تجوز الخصومة فيها **والإجبار** عليها والنيابة في العبادة البدنية لا تجوز لأن كون قول إنسان ينفذ على مثله ويلزمه ما نسبه إليه

---

(٢) ".

---

(١) شرح فتح القدير، ٢٧٠/٥

(٢) شرح فتح القدير، ٤٦٢/٧

" لشخص أن يبيع مالا معيبا لشخص آخر بدون أن يذكر العيب الموجود في المال وأن إخفاء عيب المبيع عن المشتري إضرار به وهو حرام وممنوع شرعا . | كذا لا يجوز لأهل قرية أن يمنعوا شخصا من أن يسكن في قريتهم بداعي أنهم لا يريدون أن يساكنوه لأن عملهم هذا ضرر وإجراء الضرر ممنوع كما قلنا . هذا وأن جواز إجراء الأفعال المباحة مشروط بعدم ترتب ضرر لأحد بإجرائها . مثلا : أن الصيد هو من الأفعال المباحة وجائز إلا أن كيفية الصيد إذا كانت موجبة لنفور الحيوانات أو مسببة لخوف واضطراب الأهلين يمنع الصياد من الصيد . كذلك تصرف الإنسان في ملكه مقيد بعدم حصول ضرر بليغ لجيرانه . مثال : يجوز لصاحب الأرض أن ينشئ دارا ويفتح نوافذ ولكن إذا كانت النوافذ المراد فتحها تكشف مقر نساء الجيران يمنع صاحب الملك من فتح تلك النوافذ . | أما حكم الفقرة الثانية من هذه المادة وهو أنه لا يجوز مقابلة الضرر بمثله وهو الضرار كما لو أضر شخص آخر في ذاته أو ماله لا يجوز للشخص المتضرر أن يقابل ذلك الشخص بضرر بل يجب عليه أن يراجع الحاكم ويطلب إزالة ضرره بالصورة المشروعة . كذلك لو أتلف شخص كرما لآخر مثلا فليس للمتضرر أن يقابل الشخص الذي أضره بإتلاف كرمه بل عليه كما ذكرنا مراجعة المحكمة وإذا لم يعمل على مراجعتها وأتلف كرم المتلف لكرمه فكما يحكم على المتلف الأول يحكم على المتلف الثاني ويكونان ضامنين بما أتلفا . كذلك لو أخذ شخص نقودا مزيفة من شخص آخر فليس له أن يعطيها لغيره . | (المادة ٢٠) الضرر يزال لأن الضرر هو ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه . وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع أيضا فيجب إزالته فتجويز خيار التعيين وخيار الرؤية وخيار النقد وخيار الغبن والتغرير ورد المبيع بخيار الشرط والحجر والشفعة وتضمين المال المتلف للمتلف والإجبار على قسمة الأموال المشتركة إنما هو بقصد إزالة الضرر . فخيار العيب شرع لإزالة ضرر المشتري الذي يأخذ مالا معيبا مع ظنه أنه مال سالم من العيب وحق الشفعة جوز لمنع الضرر الذي يحصل من سوء الجوار لأن المساكن كما لا يخفى تغلو وترخص بجيرانها كذلك لو أن شجرة في بستان شخص كبرت وتدلت أغصانها على دار جاره وكان من جراء ذلك ضرر للجار فيجب إزالة الضرر بقطع الأغصان أو بربطها وسحبها للداخل . كذا لو أحدث شخص بناء في ملكه وتسبب عن ذلك حصول الظلام في غرفة جاره بصورة لا تستطاع معها القراءة والكتابة وبما أن ذلك ضرر فاحش يزال توفيقا للمادة (١٢٠١) من المجلة كذلك يمنع الأشخاص الذين يزيفون النقود عن إجراء صناعتهم أيضا وإذا وجد لشخص نحل عسل والنحل يأكل أثمار جاره الموجودة في بستانه يحكم بإبعاد النحل من ذلك المكان دفعا للضرر . |

(المادة ٢١) الضرورات تبيح المحظورات | الضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع .

". (١)

" بالسيف كذا إذا اغتصب شخص مال آخر واستهلكه فلأن إرجاع المال المغصوب المستهلك بعينه غير ممكن يضمن الغاصب مثل ذلك المال إذا كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات . كذلك إذا حصل عيب حادث في المبيع عند المشتري ثم ظهر عيب له قديم فلأن العيب الحادث مانع للمشتري من أن يرد المبيع بالعيب القديم فيزال الضرر بقدر الإمكان وذلك بأن يرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن . | (المادة ٣٢) الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة | ومن هذا القبيل تجويز البيع بالوفاء لأنه لما كثرت الديون على أهل بخارى مست الحاجة إلى ذلك وصار مرعيا . هذه المادة مأخوذة من الأشباه والنظائر . | ويفهم منها أن بيع الوفاء كان ممنوعا وقد جوز بناء على الضرورة لأن استفادة المقرض زيادة عن بدل القرض ربا وممنوع شرعا وبيع الوفاء من هذا القبيل غير جائز أصلا ولكن حسب ما هو مذكور في هذه القاعدة قد اجتهدت الفقهاء بناء على احتياج أهالي بخارى في ذلك الزمن تجويزه . | إن تجويز بيع السلم وبيع الاستصناع مستند على هذه القاعدة أيضا لأن بيع السلم هو بيع معدوم وقياسا يجب أن يكون بيعا باطلا ولكن قد جوز بيع السلم وبيع الاستصناع للاحتياج والضرورة العمومية لأنه لا يخفى أن أكثر الفلاحين في غالب السنين يصبحون باحتياج شديد للنقود قبل إدراك محصولهم فدفعا لاحتياجهم هذا قد جوز بيع السلم وكذلك جوزت أيضا إجازة الاغتسال في الحمام مع أنها قياسا غير جائزة لأن المنفعة فيها مجهولة وغير معينة لأنه لا يمكن تعيين المدة التي يقضيها المغتسل في الحمام ومقدار الماء الذي يصرفه إلا أنه للضرورة العمومية قد جوزت وكذلك وجود خيار التعيين بالمبيع يجعل المبيع مجهولا ولكن قد جوز هذا المبيع بناء على الاحتياج إليه لأن بعض الناس لا يمكنه أن يشتري شيئا بدون سؤال واستشارة العارفين . | (المادة ٣٣) الاضطرار لا يبطل حق الغير | معنى الاضطرار هنا الإجبار على فعل الممنوع والاضطرار على قسمين أحدهما ينشأ عن سبب داخلي ويقال له (سماوي) كالجوع مثلا . أما القسم الثاني هو الاضطرار الناشئ عن سبب خارجي ويقال له (اضطراري غير سماوي) وهو نوعان الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ . | والذي يفهم من هذه القاعدة أنه لو أصاب إنسان مال الغير بناء

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٣/١

على الاضطرار الذي يجوز له التصرف بمال الغير فلا تكون الإصابة الناشئة عن الاضطرار سببا لأن يكون المتلف غير ضامن بل يجب على المستهلك أو المتلف أن يضمن قيمة المال المتلف . مثال ذلك : لو أن شخصا جاع جوعا شديدا وأصبح عرضة للتلف أي للموت فله الحق وفقا للمادة ٢١ بأن يأخذ من طعام الغير ما يدفع به جوعه بدون إذن صاحب المال إلا أنه يجب عليه من الجهة الأخرى أن يضمن قيمة المال المتلف إذا كان من القيميات ومثله إذا كان من المثليات ولا يكون الاضطرار على استهلاك ذلك المال سببا للتخلص من دفع قيمته والحاصل أن الاضطرار وإن أباح للمضطر تناول وإتلاف مال الغير دون أن يترتب عليه

". (١)

" عقاب لا يكون سببا للخلاص من الضمان . | وكذا لو هجم جمل صائل على شخص وأصبحت حياته مهددة فله إتلاف الجمل تخليصا لحياته من يد الهلاك إلا أنه يجب عليه أن يدفع قيمة الجمل لصاحبه وهنا إذا اعترض بقاعدة أن الضرورات ما دامت تبيح المحظورات فيجب عدم الضمان . فردا على ذلك نقول القصد من الإباحة هذه إنما هو تجويز إتلاف المال بدون رضا صاحبه وأن لا يعد الفاعل غاصبا إلا أنه من الجهة الأخرى يجب الضمان لأن الإباحة لا تكون سببا لضياع الحقوق على ذويها . وكذلك إذا استأجر شخص قاربا ساعة من الزمن وبعد أن وصل إلى عرض البحر انقضت مدة الإجارة فمقتضى القاعدة أنه يجب على الراكب أن يبارح القارب في الحال إلا إذا رضي المؤجر أن يؤجره ثانية ولكن بما أنه يوجد هنا اضطرار فصاحب السفينة مجبر على أن يبقي المستأجر في القارب حتى يخرج به إلى البر ولكن هذا الإجبار لا يمنع المؤجر من أن يطالب المستأجر بدفع أجرة المثل عن المدة الزائدة وفقا للمادة (١٠٠٧) الناصة على أن الضمان في الإكراه الملجئ على المجبر وفي غير الملجئ على المكره ووجود الإكراه على إتلاف المال لا يضيع حق صاحب المال في تضمين قيمة ماله المتلف . | (المادة ٣٤) ما حرم أخذه حرم إعطاؤه | يعني أن إعطاء الحرام وأخذه سواء في الحرمة كما أن المكروه أخذه وإعطاؤه مكروه فالرشوة مثلا كما حرم أخذها حرم إعطاؤها من الراشي حتى لو دفع الوصي في دعوة القاصر رشوة للحاكم من مال القاصر يضمن وكذلك أخذ الدجال الذي يفتح البخت والأشخاص المشعوذين دراهم من الناس ممنوع وحرام كما أن إعطاء الناس لهم ممنوع وحرام أيضا وكذا النائحة أخذها وإعطاؤها الأجرة حرام

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٨/١

وممنوع . | (مستثنيات هذه القاعدة) | إن لهذه القاعدة مستثنيات وهي : لو اغتصب غاصب مال قاصر فيحق للوصي أن يعطي الغاصب قسما من المال المغصوب كي يسترده فهنا أخذ الغاصب ذلك المال حرام وممنوع إلا أن إعطاءه من الوصي لاسترداد المال جائز . | (المادة ٣٥) ما حرم فعله حرم طلبه .كالسرقة لا تطلب من أحد يسرق | يعني أن كل شيء يكون إجراؤه حراما فطلب إيقاعه حرام أيضا . وهذه المادة تقرب من المادة ٣٤ التي سبق شرحها . مثال ذلك : أن أخذ الرشوة والشهادة الكاذبة وظلم الناس أو سرقة مال الناس من الأفعال الممنوعة فطلب إجراء ذلك من شخص آخر كأن يقال له ادفع رشوة أو اشهد بكذا زورا أو أن يغري بالظلم أو ارتكاب السرقة حرام وممنوع أيضا إلا أن تحليف اليمين مستثنى من هذه القاعدة وتفصيل ذلك أن حلف اليمين كذبا حرام لكن تحليف ذلك الشخص المستعد لحلف اليمين الكاذب ليس بحرام لأنه إذا لم يجوز تحليف اليمين للشخص المنكر تضيع الفائدة المترتبة عليه وهي رجاء النكول الذي بسببه يتبين حق المدعي .

." (١)

" شيئا زائدا عن العقد بل هي مؤكدة لما يوجبه ولذلك لا تقع المنازعة بين المتعاقدين بأمثال هذه الشروط وهي ستة : ١ – حبس البائع المبيع حتى يقبض الثمن . ٢ – تسليم المبيع للمشتري وتسليم الثمن للبائع . ٣ – امتلاك المشتري المبيع . ٤ – طرح زنة الإناء من مجموع زنته وزنة المبيع إذا كان من المائعات . ٥ – قطف الثمر من الشجر كونه على المشتري في بيع الثمر . ٦ – حط شيء من ثمن المبيع . وعلى هذا لو باع شخص من آخر مائعا كالزيت أو السمن أو الخل أو العسل في إناء وشرط المشتري تنزيل ما يقابل وزن الإناء فالشرط معتبر ويجب تنزيل وزن الإناء من المبيع . وإذا ادعى المشتري أن زنة الإناء ثلاثة أرطال وأنه ينبغي طرح ذلك من زنة المبيع أو ادعى أن هذا الإناء هو الإناء الذي اشترى فيه المبيع وأنكر البائع ذلك فالقول قول المشتري مع يمينه ؛ لأن الخلاف في الصورة الأولى في الثمن والمشتري منكر الزيادة فالقول قوله . وفي الثانية المشتري قابض والقول للقابض ومن القواعد الفقهية أن القول للقابض سواء كان ضمينا أو أمينا أما إذا أقام البائع البينة فتقبل منه . ويرد على قاعدة ' القول للقابض ' اعتراضان أحدهما فيما إذا باع إنسان من آخر حصانين وبعد تسليمهما للمشتري تلف أحدهما في يده ورد المشتري الآخر بخيار العيب ووقع نزاع بينه وبين البائع في الذي تلف فالقول هنا للبائع وذلك بخلاف مقتضى هذه القاعدة

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٩/١

فإن مقتضاها أن يكون القول للمشتري ؛ لأنه قابض والجواب أن البائع منكر لقبض زيادة الثمن فالقول قوله ، والثاني أن الاختلاف في الثمن يوجب اليمين واليمين هنا خلاف القياس والجواب أن مخالفة القياس تكون فيما إذا قدرنا اليمين ناشئة من الاختلاف في الثمن قصدا والخلاف في الثمن لم يحصل قصدا بل ضمنا وتبعا للإناء . (المادة ١٨٧) : البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط أيضا معتبر مثلا لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئا معلوما أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل صح البيع ويكون الشرط معتبرا حتى أنه إذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد ؛ لأن الشرط مؤيد للتسليم الذي هو مقتضى العقد . ويسمى هذا الشرط الملائم ولا يفسد به البيع بل تجب مراعاته . وكما يصح البيع بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد فكذلك يصح بالشرط الذي يؤيد المقتضى . ومن ذلك اشتراط عقد البيع أمام شهود أو تقريره كذلك وأن يدفع الثمن إنسان آخر وأن يحال البائع بالثمن على إنسان آخر فهذا كله من الشروط الملائمة المؤيدة لمقتضى العقد التي يجب مراعاتها لكن إذا لم يراعها المشتري فلا يجبر على مراعاتها ؛ لأن الرهن عقد تبرع فلا يصح **الإجبار** عليه وكذلك تقديم المشتري لإنسان معين

(١) ".

" الشرط أي بشرط أن يبيع مالا معينا للمحيل ويؤدي المحال به من ثمنه ويرضى المحال له أيضا ، تصح الحوالة ويكون الشرط معتبرا ؛ لأن للمحال عليه قدرة في هذه الصورة على بيع المال المذكور وإيفاء المحال به ، وحيث إن في هذا الخصوص نظير المادة (٧٦٠) يجبر المحال عليه على بيع ذلك المال وأداء ، الدين من ثمنه . فإذا **الإجبار** للبيع وأداء الدين معا وإلا لا يجبر على الأداء قبل البيع . كما أنه إذا اشترط المرتهن بيع الرهن صح وليس للراهن أن يرجع عنه (رد المحتار) . وإذا باع المحال عليه المال المذكور وأعطى ثمنه للمحال له فإن لم يف الدين تماما لا يطلب باقيه من المحال عليه . ويقول (عبد الحليم) : إنه في حالة إذن المحيل المحال عليه ببيع ماله له - أي للمحيل - أن يرجع عن إذنه قبل حصول البيع وأن ينهى المحال عليه عنه وأنه لا يجوز **الإجبار** على البيع ، ولكنه يفهم من ظاهر قياس هذه المسألة على البيع كما ذكر في المجلة (رد المحتار) أن الرجوع غير جائز وأن **الإجبار** على البيع جائز أيضا ، وفي هذه الحالة يحتمل أن يكون بيان (عبد الحليم) بمعنى أنه للمحيل أن يرجع عن إذنه أيضا فيما لو أذن ببيع ماله بعد أن تجري وتتم الحوالة بلا شرط ، وتستفاد المسألة الآتية من هذه المادة ،

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١/١٣٦

ويستفاد من تصوير صدور هذا الشرط أي شرط بيع مال المحيل من المحال أنه إذا صدر من المحيل عليه في الحوالة التي تجري على وجه المادة (٦٨١) شرط بين المحال له والمحال عليه فقط تكون الحوالة فاسدة . ولو كان المال المذكور وديعة عند المحال عليه ؛ لأنه لا قدرة للمحال عليه على إجراء ذلك راجع المادة (٩٦) . مثال : لو قال رجل لآخر : (خذ عليك حوالة ديني البالغ كذا قرشا عند فلان على أن تبيع كذا من ماله وتؤدي من ثمنه) وقبل الآخر تكون الحوالة فاسدة . الصورة الثانية - قبول الحوالة على أن يباع مال أجنبي ويؤدى الدين من ثمنه . يعني لا يصح أن يأخذ شخص دين آخر حوالة على نفسه بناء على أن يبيع مال أجنبي ويؤدي الدين من ثمنه (عبد الحليم والهندية) فعليه تعبير (مالا له) الوارد في المجلة كان للاحتراز من هذه الصورة الثانية . الصورة الثالثة - قبول شخص دين آخر حوالة على نفسه أن يبيع مالا له ويفي الدين ، يعني إذا قبل شخص دين آخر حوالة على نفسه بناء على أن يبيع مالا له ويفي الدين من ثمنه تجوز الحوالة ولكن في هذه الحال كما أن المحال عليه لا يجبر على المال المذكور فلا يجوز مطالبته بالمحال به قبل البيع لعدم وجود سبب الأداء ، لا يجب الأداء قبل البيع (الدرر) ، بل إنه حينما يبيع المحال عليه ذلك المال يجبر على تأدية المحال به لتحقق سبب وجوب الأداء بتحقق وجوب الأداء (الدرر) . ولا يكون المحال عليه مسئولا عن الباقي في حالة بيعه المال بثمن مثله وتأديته الدين وعدم وفائه بالمحال به ؛ لأنه التزم الأداء من الثمن وقد أدى الثمن بكماله (الهندية في الباب الثاني) ؛ لأن المحال عليه التزم أداء الدين من ذلك الثمن وأدى الثمن كاملا حسب التزامه ، وتعبير (مالا له) الوارد في المجلة ليس للاحتراز من هذا .

". (١)

" (٢٣٣) أن هذه الأشياء لا تدخل البيع من غير ذكر . ولهذا لو باع الأرض بكل في قليل وكثير هو بها ومنها لا يدخل المشاع في البيع (الزيلعي) . فبناء على هذا يتضح من هذه المادة أنه لا يجوز القول بأن (كل ما كان غير داخل في البيع يدخل في الرهن) . فقط حكم هذه المادة مقيد بما لو لم يصرح في الرهن بدخول المشتملات المذكورة أو عدم دخولها وجعل ذلك مسكوتا عنه . وأما إذا رهنت عرصة واستثنيت جميع الأشجار التي عليها مع أثمارها وسائر مغروساتها ومزروعاتها فلا تدخل في الرهن . (انظر المادة ١٣) . ويكون في ذلك التقدير الرهن فاسدا كما ذكر في شرح المادة (٧١٠) . - * *

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤١/٢

* * * – ٢ – تبديل الرهن . (المادة ٧١٢) يجوز تبديل الرهن برهن آخر مثلا لو رهن شخص ساعته مقابل كذا دراهم دينه ثم بعد ذلك أتى بسيف وقال : خذ هذا بدل الساعة ورد المرتهن الساعة وأخذ السيف يكون السيف مرهونا مقابل ذلك المبلغ . جواز تبديل الرهن برهن آخر إنما يكون برضا الطرفين يعني بعد أن يرهن مال ويسلم يجوز أن يسترده الراهن برضا المرتهن ويرهن محله مالا آخر ويسلمه ؛ لأن الرهن قابل للنقض والمال الثاني للرهن (البزازية) . فعلم أن رضا المرتهن والراهن في هذا التبديل شرط . فرضا الراهن شرط ؛ لأن الرهن عقد تبرع فكما أنه لا يجوز **الإجبار** على الرهن الأول لا يجوز أيضا على الثاني . ورضا المرتهن أيضا شرط ؛ لأن حق المرتهن تعلق في الرهن الأول فلا يمكن أخذه من يده بدون رضاه . ولو كانت قيمة الرهن الثاني أزيد من الرهن الأول (انظر المادة ١٩) . شروط التبديل – إن هذا التبديل مشروط بشرطين : (الأول) رد الرهن الأول للراهن . (الثاني) قبض المرتهن الرهن الثاني . وفي المثال المدرج في المجلة إشارة لهذين الشرطين بتعبير (رد السيف وأخذ الساعة) . بناء عليه إذا قبض الرهن الثاني والرهن الأول باق بقبض المرتهن لا يكتسب صفة الرهن . ويبقى بيد المرتهن أمانة محضة ؛ لأن دخول الرهن الأول في ضمان المرتهن هو بالقبض والدين معا يعني بمجموع هذين الوصفين فما زال القبض والدين باقيين لا يخرج الرهن من ضمان المرتهن . وما زال الرهن الأول في ضمان المرتهن يعني ما لم ينقض قبض الرهن الأول لا يدخل الرهن الثاني في ضمان المرتهن ؛ لأن الراهن والمرتهن ليسا راضيين أن يدخل كلا المالين في ضمان المرتهن ويكونا مرهونين وإنما رضيا بأن يكون الواحد فقط منهما رهنا (البزازية قبيل الفصل الرابع من الرهن) . وذكر في الخانية أنه إذا قبض الرهن الثاني يكون رهنا أيضا قبل أن يرد الرهن الأول وأن الرهن الأول يبقى أمانة محضة . ولكن المجلة لم تقبل هذا الرأي .

---

(١) ".

" (٥) الرهن ليس بمانع من مطالبة الدين (٦) إذا تصرف الراهن في المرهون بصورة ممكنة الفسخ قبل أداء الدين لا ينفذ هذا التصرف ما لم يلحقه رضا المرتهن (٧) المرتهن مجبور على إحضار المرتهن عندما يطلب دينه . استثناء : ١ : إذا كان إحضار الرهن محتاجا إلى حمل ومؤنة . ٢ : إذا كان الرهن بيد العدل وكان هذا غائبا . ٣ : إذا وكل الراهن المرتهن أو العدل بقبض الثمن ولم يقبض . ٤ : إذا طلب المرتهن دينه من الراهن وكان الرهن بيد العدل . في هذه الصور الأربع لا يلزم المرتهن إحضار الرهن . (٨

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٩٢/٢

) في الرهن المستعار يرجع المعير على المستعير بعد استخلاص الرهن . ففي قول بمقدار الدين الساقط لدى التلف وفي قول آخر بالشيء الذي يؤديه المعير إلى المرتهن . (٩) لا يبطل الرهن بوفاة الراهن والمرتهن بل تنتقل أحكام الرهن إلى الورثة ويوفى الدين من التركة . (١٠) للراهن أن يودع الرهن إلى آخر ولیس له أن يعيره أو يؤجره ؛ لأنه ليس له أن ينتفع به بدون إذن الراهن . وإذا أذن له وهلك أثناء الانتفاع لا يلزم الضمان لكونه عارية . (١١) يد العدل كيد المرتهن . (١٢) إذا لم يوف الراهن الدين يجبر من قبل الحاكم على بيع الرهن لأجل وفاء الدين ليس في هذا البيع إكراه ؛ لأنه أولا : **الإجبار** ليس بغير حق . ثانيا : **الإجبار** ليس خاصا ببيع الرهن بل بتأدية الدين - * * * * *

(١) ".

" الفصل الرابع في بيع الرهن - (المادة ٧٥٦) : ليس لأحد من الراهن والمرتهن بيع الرهن بلا إذن رفيقه . ليس للراهن ولا للمرتهن أن يبيع الرهن بدون إذن ورضا الآخر ولا بسبب ما ؛ لأنه بسبب وجود حق ملك الراهن في الرهن فكما أن بيع المرتهن إياه لا ينفذ بناء على المادة ' ٣٦٥ ' . نظرا لوجود حق مالية المرتهن يعني حق حبسه وإمساكه واستيفاء مطلوبه منه فبيع الراهن وتصرفه فيه تصرفا يبطل الحق المذكور لا يجوز أيضا . ' انظر المادة ٤٦ ' ' الطحطاوي ' . وإذا باعه المرتهن على هذه الصورة بدون إذن الراهن فيكون هذا المبيع فضولا . ومتى كان المرهون موجودا عينا في يد المشتري إن شاء الراهن أجاز البيع ويبقى الثمن مرهونا وإن شاء فسخ البيع وعندما ينفسخ يعاد الرهن ليد المرتهن وأما إذا أراد الراهن أن يجيز البيع بعد هلاك الرهن في يد المشتري لم يجز له ذلك . ' انظر المادة ٣٧٨ ' وعلى هذا التقدير يكون الراهن مخيرا إن شاء ضمنه المشتري وإن شاء المرتهن ' راجع المادة ٩١٠ ' . إذا أراد الراهن إيفاء الدين بالمرهون فليس المرتهن مجبورا على أن يأذن للراهن ببيع المرهون وأداء الدين من ثمنه ؛ لأن حكم الرهن الحبس الدائم لحين أداء الدين (التنوير) كما مر في شرح المادة (٧٢٩) . هذه المادة مجملة وحيث إن المادتين (٧٣٦ ، ٧٤٧) تحتويان أيضا على حكمها فليس لها لزوم حقيقي هنا . ويمكن القول أنها ذكرت هنا توطئة وتمهيدا للمواد الآتية . - * * * * * - (المادة ٧٥٧) إذا حل وقت أداء الدين وامتنع الراهن عن أدائه يؤمر من طرف الحاكم أن يبيع الرهن ويؤدي الدين إذا أبى يبيع الحاكم الرهن ويفي الدين . . متى حل أجل الدين المؤجل وامتنع ذو الرهن عن أدائه أو أبى عن إيفاء الدين المعجل يؤمر من طرف الحاكم

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٢٢/٢

ببيع الرهن وأداء الدين من ثمنه يعني أن الحاكم يجبر الراهن على بيع الرهن وأداء الدين من ثمنه راجع المادة (٢٠) فإذا باع الراهن الرهن بناء على هذا **الإجبار** لا يكون هذا البيع بيع إكراه . كما سيوضح شرحا في تعريف الإكراه . وإذا باع الراهن الرهن بناء على هذا **الإجبار** ولم يؤد من ثمنه الدين أو لم يبعه وأوفى الدين من مبلغ آخر فيها وفي هذه الصورة ليس للمرتهن أن يقول له (لا أقبل إن

---

(١) ".

" إذا ادعى العدل أنه قبض الثمن وسلمه للمرتهن وأنكر المرتهن فالقول قول العدل ويبطل حق المرتهن يعني يكون كأنه قد أوفى . سؤال - إذا كان كلام العدل هذا إقرارا على المرتهن فالإقرار على الغير لا يجوز . وإذا كان شهادة على المرتهن فشهادة الفرد لا حكم لها . فكيف يكون هذا الكلام حجة على المرتهن ؟ الجواب - كلام العدل هذا ليس أدنى من قوله : (هلك المرهون في يدي بلا تعد) فبقوله هلك بلا تعد يقبل بحكم المادة ١٧٧٤ ويسقط الدين على الوجه المذكور في لاحقة شرح المادة (٧٤١) . وإذا امتنع الوكيل المرقوم عن بيع الرهن أو بطلت الوكالة بوفاة الوكيل ففي هذا التقدير قولان : القول الأول : قول الإمام أبي يوسف - رحمه الله تعالى - ونظرا لهذا القول يجبر الوكيل إن كان في قيد الحياة على بيع الرهن في تقدير غياب الراهن أو ورثته كما سيجيء في الفقرة الآتية . والقاضي يجبر العدل على بيع الرهن لقضاء الدين (الخانية) وكيفية الجبر تحصل بحبس الحاكم الوكيل بضعة أيام . يعني عند امتناع الوكيل ببيع الرهن عن البيع يراجع المرتهن الحاكم . يعني عندما يثبت المرتهن الرهن ووكالة ذلك الشخص بالبيع يجبر الحاكم الشخص المذكور على بيع الرهن . وإذا امتنع بعد هذا يبيعه الحاكم (الخانية) . القول الثاني : قول الإمام الكرخي ونظرا لهذا القول لا يجبر الوكيل بل يجبر الراهن على بيع الرهن لأن الوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر خصوصا إذا كان إجبار الموكل ممكنا . وحيث إن المجلة صرحت في هذه الفقرة أنه يجبر الراهن فيستفاد من هذا أن قول الإمام المشار إليه قد قبل . واذا باع الراهن الرهن بناء على الجبر الواقع بموجب هذه الفقرة لا يكون البيع فاسدا . يعني أن البيع المذكور لا يقاس على البيع المبحوث عنه في المادة (١٠٠٦) لأن **الإجبار** في هذا بحق والبيع الذي يقع بناء على إجبار محق مثل هذا لا يكون بيعا مكرها وهذا **الإجبار** هو في نفس الأمر على تأدية الدين فبناء عليه إذا لم يبع الراهن الرهن وأوفى دينه من غير مال من مبلغ صح ذلك ولا يبقى محل لإجباره على بيع الرهن . (عيني) . وإذا امتنع الراهن أيضا عن بيع الرهن يبيعه الحاكم

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٧٣/٢

ويعطي ثمنه للمرتهن ، وبيع الحاكم على هذا الوجه لدفع الضرر عن المرتهن وبحكم المادة (٢٠) من المجلة الضرر يزال - والأصول المرعية في يومنا هذا هي أن المرتهن يستحصل من المحكمة إعلاما بتحصيل الدين وبيع الرهن ويودع هذا الإعلام إلى دائرة الإجراء فيبلغ إخبار إلى الراهن بلزوم إيفائه الدين وأن سيباع المرهون إذ لم يفعل . ويوضع المرهون بعد هذا في المزاد وبعد أن يتقرر على أحد يبلغ إلى المدين من طرف دائرة الإجراء إنذار آخر يخبر فيه أنه إذا لم يف الدين يسلم المرهون إلى المشتري . فإن لم يفعل يسلم المرهون إلى المشتري ويؤخذ ثمن المبيع ويوفى دين المرتهن فأقيم الإنذار مقام **الإجبار** على بيع الرهن . وإذا كان الراهن أو ورثته في حال وفاته غائبين ولم يمكن إجبارهم كما ذكر آنفا يجبر الوكيل على بيع الرهن بحبسه بضعة أيام ؛ لأن حق المرتهن تعلق ببيع المرهون وكما أن المرتهن غير مقتدر على الادعاء على الراهن الغائب فليس له صلاحية أيضا ببيع الرهن (أبو السعود والزيلعي) .

---

(١) ".

" بعد المخالفة يبرأ ويعلم الفرق بينهما من مراجعة شرح المادة (٧٨٧) . - * * * * * - (المادة ٨١٥) نفقة المستعار على المستعير بناء عليه لو ترك المستعير الدابة المعارة بدون علف فهلكت ضمن . سواء أكانت العارية مطلقة على ما سيجيء في المادة (٨١٦) أم مؤقتة على ما سيجيء في المادة (٨١٧) ؛ لأن المستعير لما كان مالكا لمنافع العارية مجانا فنفقتها على المستعير بناء على القاعدة (الغرم بالغنم) كما في المادة (٨٨) انظر المادة (٣٦) . وعليه لو قال أحد لآخر : أعطيتك هذا الحيوان لتستعمله وتعلفه كان ذلك عارية وليس هذا عقد إجارة بأن يعد أمر إعطاء العلف بدل إجارة . ومعنى هذه المادة ليس إجبار المستعير على الإنفاق على المستعير ؛ لأنه كما وضح في المادة (٨٠٦) لما كان للمستعير فسخ العارية في أي وقت أراد فلا محل لهذا **الإجبار** . وإنما معناه كما يأتي : أي أنه يقال للمستعير : أنفق على المستعار واستحصل المنفعة منه أو اتركه ورده للمعير وتخلص من النفقة . بناء عليه إذا أمسك المستعير العارية ولم يعطها علفا فتلفت كان ضامنا . وفائدة قيد ' مع الإمساك ' يفهم من الإيضاحات المبينة في الشرح أنفا . مذهب الشافعي : أما عند الإمام الشافعي فتلزم نفقة المستعار المعير ؛ لأن النفقة من حقوق الملك . وفي هذه الصورة لو قال المعير : أعرتك هذا الحيوان على أن تعلفه وقبل المستعير ذلك فليس عارية بل إجارة فاسدة ؛ لأن المدة والبدل مجهولان (الباجوري) . - * * * * * -

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/١٨٤

(المادة ٨١٦) إذا كانت الإعارة مطلقة أي لم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية في أي زمان ومكان شاء على الوجه الذي يريده لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة . مثلا إذا أعار رجل دابة على الوجه المذكور إعارة مطلقة فالمستعير له أن يركبها في الوقت الذي يريده إلى أي محل شاء وإنما ليس له أن يذهب بها إلى المحل الذي مسافة الذهاب إليه ساعتان عرفا أو عادة في ساعة واحدة كذلك لو استعار شخص حجرة في خان كان له أن يسكنها وأن يضع فيها أمتعته إلا أن ليس له أن يشتغل فيها بصنعة الحدادة خلافا للعرف والعادة . أي إنه إذا كانت الإعارة مطلقة أي لم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع أو بشخص المنتفع وبشرط مفيد على ما جاء في المادة (٨١٩) كان للمستعير استعمال العارية في أي زمان ومكان شاء على الوجه الذي يريده وله أن يعيره لآخر كي يستعمله ؛ لأن المستعير يتصرف في المستعير وله أن يتصرف في ذلك بموجب الإذن المعطى له من الغير ولما كان الإذن مطلقا فله أن يستعمله ويتصرف به بصورة مطلقة انظر المادة ' ٩٦ ' . سؤال : بما أن المنافع التي تملك بالإعارة الواقعة على ما ورد في هذه المادة مجهولة وجهالة الأشياء

". (١)

" (الأنقروي) . فقيل : إذا لم توقت لذلك وقتا كان قصدها أن يمسكها ما عاش قال : نعم إلا أن العبرة لإطلاق اللفظ (الهندية في الباب الثامن) وعليه يخطر على البال احتمالان فيما إذا توفي الموهوب له بعد أن عال الواهب مدة : - ١ - قياسا على المسألتين اللتين مر ذكرهما يضمن الواهب مثل نفقة المدة التي عال فيها الموهوب له لورثته ويسترد المال الموهوب منهم . وإلا فلا يجوز أن يضبط ورثة الموهوب له أو بيت المال عند عدم الورثة ذلك العقار ويترك الواهب محروما منه . ٢ - قول ورثة المتوفى للواهب : إننا نضبط المال بالإرث ولا نرده لك وإنما نعولك كما تعهد بذلك مورثنا لكن بما أنه لم يسبق بين ورثة الموهوب له والواهب عقد أو مقاولة على العول فليس من حق دعوى وخصومة بينهما . كما لو وهب فرسا بشرط أن يعوضه الموهوب له عشرة ريالات وسلمه إياه وأعطى الموهوب له خمسة ريالات سلفا واستمهله في الباقي على أن يعطيه إياها بعد ثلاثة أيام وتوفي في اليوم الثاني فليس لوارثه حق في إعطاء الخمس الريالات الباقيات وضبطه بدون رضى الواهب . بناء عليه فهذا الاحتمال الثاني ساقط من الاعتبار والاحتمال الأول موافق للعدالة والفقه . وإن يكن أنه يحق لورثته المفروغ له أن يعول الفارغ الذي أفرغ

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣١٢/٢

لمورثهم أراضيه الأميرية أو مسقفاته ومستغلاته الموقوفة مجانا بشرط عوله بدلا عن مورثه إلا أنه لا تقاس تلك المسألة الشرعية على هذه المسألة . جاء في المجلة إلى الممات . هذا القيد ليس احترازيا فلو قال : تعولني إلى السنة الفلانية يكون صحيحا أيضا . وفي هذه الصورة إذا عال لتلك السنة فيكون العوض قد أدي تاما ولزمت الهبة . ولا يكون بعد ذلك مجبرا على عوله (الشارح) . وتلزم الهبة بشرط العوض كما صار إيضاح ذلك آنفا بالتقابض وعلى ذلك فللواهب في المثال المذكور حق الرجوع أي لو وهب أحد عقاره المملوك لآخر بشرط أن يعوله وسلمه إياه ولم يباشر الموهوب له بإعاشة الواهب ولو كان راضيا بعوله فله حق الرجوع أيضا فلذلك قد جاء في الشرح علاوة على المتن قيد (بعد أن عال مدة) . والواقع أنه لو عال الموهوب له مدة فبما أنه قد قبض عوض المدة التي عاله فيها وإذا كان راضيا بعول بعد ذلك يعني إن كان راضيا بإعطاء ما شرط إيفاءه تدريجيا وتقسيطا فليس للواهب الرجوع عن هبته ويوجد هذا القيد أيضا في الفتوى التي أفتاها شيخ الإسلام علي أفندي على هذه المسألة . جاء في المثال (وهو راض بعول) ؛ لأنه إذا عاله مدة ثم امتنع عن ذلك فللواهب استرداد المال الموهوب عينا إذا كان موجودا وتضمينه بدله إذا كان مستهلكا ولا يجبر على عوله ؛ لأن الهبة تبرع ولا يجوز **الإجبار** على التبرع . العوض الحكمي : الهبة بشرط العوض الحكمي صحيحة أيضا والشرط معتبر . العوض الحكمي كعدم التطليق وترك الظلم والسكنى معا . فلو وهبت امرأة مهرها لزوجها بشرط أن يسافر بها للحج أو يحسن إليها أو يكسوها مرتين في السنة وهذه أي نفقة الحج والإحسان إليها وقطع الثوب هي بمنزلة شرط العوض وقد قال بعض المشايخ بأنه إذا وهبت امرأة مهرها لزوجها بشرط تركه ظلمها أو بشرط سكناه معها أو على أن لا يطلقها

---

(١) ".

" إذا أنكر الغاصب الغصب تطلب البينة من المغصوب منه فإذا أقام المغصوب منه شهودا تشهد على إقرار الغاصب بالغصب أو شهدوا بمعاينتهم فعل الغصب تقبل شهادتهم ولا يشترط في هذه الدعوى إحضار المنقول المغصوب إلى مجلس المحاكمة حسبما جاء في المادة (١٦٢١) لأن العادة أن يمتنع الغاصب عن إحضار المغصوب ولا يلزم الشهود أيضا بيان أوصاف المغصوب لأنه وإن كان الشهود يمكنهم معاينة فعل الغصب حين الغصب إلا أنه لا يمكنهم الاطلاع على أوصاف المغصوب فلهذه المعذرة سقط من الاعتبار علم الشهود بأوصاف المغصوب (أبو السعود المصري) . صورة حل وفصل الاختلاف في

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٨٠/٢

قيمة المغصوب : إذا اتفق الغاصب والمغصوب منه على المال المغصوب فلا ريب بأنه يحكم بتلك القيمة ، أما إذا اختلفا في ذلك فيحكم بالقيمة التي يدعي بها المغصوب منه ويثبتها لأن المغصوب منه قد أثبت مدعيا بالبينة الملزمة (الهداية) انظر المادتين (٧٥ و ٧٦) كما أنه يحكم ببينة المغصوب منه فيما لو أقام كل من الغاصب والمغصوب منه البينة . لأنه لو اختلف المقومون في قيمة شيء يعني شهد اثنان على أن قيمة ذلك الشيء عشرة دنانير وشهد اثنان آخران على أنها تسعة فبما أن بينة الأقل نافية ترجح بينة الأكثر ويجب أن يحكم بعشرة دنانير (الأشباه) انظر المادة (١٧٦٢) . أما إذا لم يثبت المغصوب منه الزيادة التي ادعاها فالقول مع اليمين للغاصب لأن المالك يدعي الزيادة والغاصب ينكرها والقول مع اليمين للمنكر ، انظر مادتي (٨ و ٧٦) الهداية العيني الطحطاوي . أما إذا لم يثبت المغصوب منه الزيادة وصار توجيه اليمين على الغاصب فأراد الغاصب إثبات القيمة بالبينة تخلصا من اليمين التي وجهت إليه وقد بين بعض المشايخ أنه تقبل البينة من الغاصب قياسا على الفقرة الأخيرة من المادة (١٧٧٤) إلا أنه لا تقبل هذه البينة على القول الصحيح (النهاية العناية والعيني ، والشبلي ، ومجمع الأنهر ، ورد المحتار ، وأبو السعود المصري) . فعليه إذا طلب الغاصب أن يثبت القيمة التي ادعاها ولم يقبل المغصوب منه الإثبات وطلب تحليف الغاصب على المقدار الذي يزيد عن إقراره لزم تحليف الغاصب اليمين (رد المحتار عن الخلاصة) . ليس للغاصب حق في رد اليمين أيضا : فعليه إذا لم يستطع المغصوب منه إثبات قيمة المغصوب وصار توجيه اليمين على الغاصب من أجل الزيادة التي يدعيها المغصوب منه فقال الغاصب إني أرد اليمين على صاحب المال وأؤدي القيمة التي يحلف عليها فليس للغاصب حق في ذلك حتى لو قبل المالك بذلك ورضي به لأن هذا التراضي وقع على شيء مخالف للشرع فهو لغو (الهندية في الباب السابع) إذا قال المالك إن قيمة المغصوب عشرة دنانير مثلا وقال الغاصب لا أعرف قيمة المغصوب لكنها أقل من القيمة التي يدعيها المالك وبما أن الغاصب قد أقر بقيمة مجهولة ويحتمل أن يكون كاذبا في قوله : لا أعرف قيمته يجبره الحاكم على بيان مقدارها والقول مع اليمين للغاصب على كونه ليس بأزيد من المقدار الذي يقر به . انظر المادتين (٨ و ٧٦) . وإذا لم يبين الغاصب قيمته مع إجباره على الوجه المذكور فيحلف الغاصب على أن قيمة المغصوب ليست عشرة دنانير مثلا كما يدعي المغصوب منه فإذا نكل ثبت المدعى به ، أي ثبت أن قيمة المغصوب عشرة دنانير . أما إذا حلف الغاصب على أن قيمته ليست عشرة دنانير وبما أنه لم يبين الغاصب القيمة رغما عن **الإجبار**

". (1)

" – (مادة ٩٤٨) الإكراه هو إجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق من دون رضاه بالإخافة ويقال له المكره (بفتح الراء) ويقال لمن أجبره : مجبر ، ولذلك العمل : مكره عليه ، وللشيء الموجب للخوف : مكره به الإكراه لغة إجبار الإنسان على شيء لا يريده أي : على ما يراه بطبعه مستكرها سواء أكان له قدرة على تحقيق ما هدد به أم لا وسواء أخاف الفاعل وقوعه أم لا وسواء أكان الفاعل ممتنعا لحق الشرع أو العبد أم لا (أبو السعود) . وشرعا هو إجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق من دون رضاه أي : بالإخافة والتهديد أي : مع إبقاء أصل الاختيار ويقال له المكره (بفتح الراء) ويقال لمن أجبر بغير حق مجبر (بكسر الباء) ولذلك العمل مكره عليه (بفتح الراء) وللشيء الموجب للخوف أي : الموجب لخوف المكره والسالب لرضاه كالقتل والضرب مكره به (بفتح الراء) . إيضاح القيود ١ – عملا : العمل أعم من اللفظ الذي هو عمل اللسان ومن أعمال سائر الجوارح فكما أنه يصدق على الإقرار الذي هو من الألفاظ فإنه يشمل أعمال سائر الجوارح كإتلاف مال الغير مثلا (الدرر) . ٢ – بغير حق ، هذا التعبير احترازي ؛ لأن الإجباري الذي بحق لا يعد إكراها وعليه فالإجبارات الآتية ليست بإكراه وإليكها : أولا : إذا امتنع المدين عن بيع ماله لأداء الدين فللقاضي أن يجبره عليه . والبيع الذي يقع بناء على هذا الإجبار لا يعد بيعا بإكراه . ثانيا : إذا بيع الرهن بناء على إجبار الحاكم الراهن على بيعه كما هو مذكور في المادة (٧٦١) نفذ البيع المذكور . ثالثا : إذا أجل العنين إلى المدة المعينة ولم يقدر على الجماع يكرهه الحاكم على الفرقة وبما أن هذا الإكراه بحق فلا يكون إكراها بالمعنى الوارد في هذه المادة . بدون رضاه – بما أن هذا نفي للرضا على الإطلاق يشمل التعريف المذكور قسمي الإكراه ؛ لأن نفس الرضا كما يكون في الإكراه غير الملجئ الذي يفوت به الرضا يكون أيضا في الإكراه الملجئ المفسد للاختيار . والحاصل أن عدم الرضا معتبر في جميع صور الإكراه وأصل الاختيار في جميع صوره ثابت لكن في بعض الصور يفسد الاختيار وفي بعضها لا يفسد (الزيلعي) . والرضا ، مقابل الإكراه ، وأما الاختيار فمقابل الجبر الاختيار – هو عبارة عن إرادة أحد طرفين جائزين لأمر متردد بين الوجود والعدم ومقدور فعله من الفاعل بترجيحه أحدهما مثلا : بيع مال زيد أمر أحد جانبيه وجود والجانب الآخر عدم والطرفان جائزان فإذا باع زيد ذلك المال مرجحا طرف الوجود يكون عمله هذا اختيارا كما أنه إذا امتنع عن بيعه يكون قد رجح طرف العدم وكان عمله هذا اختيارا والفاعل وإن كان مستقلا في قصده فاختياره إما أن يكون صحيحا

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٤٧٠

أو فاسدا (قهستاني بإيضاح) . ويفهم من هذه التعبيرات أن عدم الرضا معتبر في جميع صور الإكراه إلا أن الإكراه يفسد أصل الاختيار في بعض صور الإكراه كالإكراه الملجئ ولا يفسده في بعضها كالإكراه غير الملجئ (الدرر والزيلعي) . والإكراه بالضرب والحبس يعدم الرضا إلا أنه لا يفسد الاختيار يعني : أن في هذا الإكراه إكراها

---

(١) ".

" للمكره وعدم رضائه مع وجود اختياره الصحيح ؛ لأن فساد الاختيار لا يكون إلا في الإكراه بإتلاف النفس أو قطع العضو فالإكراه الذي يكون بقتل النفس أو قطع العضو معدم للرضا ومفسد للاختيار أيضا (أبو السعود ، رد المحتار) ٤ - الإخافة : بما أن الإخافة قد ذكرت مطلقة فكما أنها تشمل الإخافة التي تحدث بالفعل تشمل الإخافة التي بالقول كالوعيد (الطحطاوي) . ٥ - الإجبار : كما يكون الإجبار حقيقيا يكون حكميا فلو أمر أحد آخر بإتلاف مال أحد ولم يهدده بشيء ولكنه علم بدلالة الحال أنه سيقتله فله أن يتلف ذلك المال ؛ لأن ذلك إكراه حكمي - * * * * * - (مادة ٩٤٩) الإكراه على قسمين : الأول هو الإكراه الملجئ الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع عضو والثاني هو الإكراه غير الملجئ الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب والحبس غير المبرح والمديد الإكراه قسمان : وكلاهما سالب رضا المكره كما فهم من المادة الآنفة . ووجه الانحصار هو أن الإكراه إما أن يكون موجبا إفساد اختيار المكره وملجئا إياه أو لا يكون كذلك . فإذا أوجب إفساد اختياره أو ألجأه كان إكراها ملجئا وإذا لم يفسد اختياره ولم يلجئه كان غير ملجئ ففوت الرضا أعم من فساد الاختيار ففي الحبس أو الضرب يفوت الرضا ولكن الاختيار الصحيح باق وفي القتل لا رضا ولكن له اختيار غير صحيح أي : اختيار فاسد . (الطحطاوي) . فالقسم الأول إكراه ملجئ : الملجئ بكسر الجيم اسم فاعل من ألجأ إلى كذا اضطره إليه فهو الموجب للاضطرار وهو الإكراه الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع العضو كالسمع والبصر ، واللسان ، وما أشبه ذلك نحو الأصابع والأعضاء ويقال لهذا الإكراه : الإكراه التام وهذا الإكراه معدم للرضا مفسد للاختيار (الأنقروي ، الدرر) ؛ إذ الإنسان مجبول على حب الحياة وذلك يضطر إلى ارتكاب ما أكره عليه محافظة عليها فيفسد اختياره (الجوهرة) . العضو ، يفهم من ذكره مطلقا أن العضو يشمل الأنملة أي : طرف الأصبع ، وبعبارة أخرى يشمل

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٨٨/٢

بعض العضو كالمحل الذي توجد فيه الأظافر من الأصبع أيضا . وعليه فالإكراه الذي يقع بالتهديد بقطع ذلك يكون إكراها ملجئا (رد المحتار ، والنتيجة) ومن المشايخ من يقول إذا هدد بالحبس والقيد وكان الرجل ذا مروءة ويشق عليه ذلك بحيث يقع في قلبه أنه لو لم يفعله يموت بسبب الحبس والقيد أو يذهب عضو منه فهو إكراه معتبر شرعا كما أنه لو توعده بالحبس في مكان مظلم بحيث يخاف ذهاب البصر لطول مقامه فيه فهو إكراه معتبر شرعا (عبد الحليم) قال بعض المشايخ أما الحبس الذي أحدثوه في زماننا فإنه من الإكراه الملجئ وإن قال لأجوعنك أو لتفعلن بعض ما ذكر ، لم يسعه أن يفعل ذلك حتى يجيء من الجوع ما يخاف منه التلف (الهندية في الباب الثاني بتغيير) . وقوله النفس أعم من النفس الحقيقية والحكمية فالنفس الحقيقية معلومة أما النفس الحكمية فهي عبارة عن إتلاف كل المال وعليه فالتهديد بإتلاف مال الإنسان كله يعد إكراها ملجئا أيضا حتى أن بعض الفقهاء لا يشترط التهديد بإتلاف جميع المال بل يعد أخذ بعض المال إكراها معتبرا . مثلا : لو قال أحد

---

(١) ".

" مستحقه وهذا الجبر لا يعد إكراها على البيع (الطحطاوي) ؛ لأن الجبر المذكور يحق . انظر شرح المادة (٩٤٨) والحبس ثابت بالكتاب والسنة والإجماع . فقد جاء في الكتاب الآية الكريمة ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾ أي يحبسوا ؛ لأن نفيهم من جميع الأرض لا يتصور وفي السنة قد حبس الرسول الأكرم صلوات الله عليه رجلا وفي الإجماع فقد أنشأ علي رضي الله عنه محبسا في الكوفة وأسماه (النافع) ثم أسماه (محبسا) لإنشائه إياه مستحكما لعدم فرار المحبوسين منه . وقد كان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ولم يخالف منهم أحد . والمحبس بفتح الباء وكسرها معناه المذلل يقال حبسه أذله (الجوهرة) . ويفهم من ذكر لفظ المال في هذه الفقرة مطلقا أنه لا فرق بين أن يكون عند الدائن أو مأجورا أو مستعارا أي أنه شامل لكل ملك له ، انظر المادة (٦٤) (رد المحتار) . ويستفاد من تعبير المجلة (وإذا امتنع) الإجبار وإن لم يأت فيها إجبار المدين على بيع ماله صراحة . وفي النوادر (وإذا حبس في الدين ينبغي للقاضي أن يشهد أنه قد حجر عليه في ماله حتى يقضي ديونه التي حبس لأجلها) (الطوري) . وعليه لو امتنع الدين بعد إجباره عن بيعه ماله وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه ؛ ولأن بيع المال لوفاء الدين مستحق عليه ولازم والمماطلة ظلم ولذا ينوب الحاكم مناب المدين في حال إجباره

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٨٩/٢

على وفاء الدين بالحبس وإصراره على الامتناع كما في الجب والعنة (الهداية) . والأصل أن من امتنع عن إيفاء حق مستحق عليه وهو مما تجري فيه النيابة ناب القاضي منابه (مجمع الأنهر) . وقد أريد بتغيير (ماله) في المجلة الاحتراز عما يعهد إليه به من الجهات والتعيينات كالقيمية والمؤذنين فلا يجبر المدين إذا كان في عهدته أشياء كهذه على الفراغ بها لأجل الدين ؛ لأنه لم تكن هذه الأشياء ماله فلا يتعلق حق الغرماء بها (رد المحتار بإيضاح) . لكن التعبير المذكور لم يقصد به الاحتراز عن المستغلات الوقفية التي يتصرف فيها بالإجارتين والأراضي الأميرية ؛ لأن **الإجبار** على الفراغ بها لآخر لأجل الدين ما نص عليه الأمر السلطاني . ولا يمتاز الحاجر عن غيره يعني لا يوجد للدائنين الحاجرين امتياز في أموال المدين الموجودة حين الحجر فلكل دائن أن يشترك في ثمن المبيع بمقدار ماله من الدين الثابت وجوده بالشهادة حتى ليس للمحجور أن يؤدي لبعض الدائنين ديونهم كاملة برضاه ويحرم الآخرين وعليه فلو أعطى المدين المحجور دائنا دينه كاملا فيجبر ذلك الدائن على رد ما يزيد عما يلحقه من الدين غرامة باقي الغرماء (الهندية في الباب الثالث) . وهذه المادة مبنية على مذهب الإمامين . أما عند الإمام الأعظم فليس للحاكم أن يبيع مال المدين وإنما يجبر المدين على بيعه إجبارا ويضيق عليه بالحبس ؛ لأن المشار إليه لا يجوز الحجر أيضا لأجل الدين فيبدأ بما بيعه أهون في حق المدين بتقديم النقود أولا فإن لم تف فالعروض فإن لم تف العروض أيضا فالعقار ؛ لأن البيع على هذه الصورة تحصل به المسارعة إلى وفاء الدين مع مراعاة جانب المدين وهذا نافع للمدين والغرماء معا (الهندية) . حاصله أن القاضي ينصب ناظرا فينبغي أن ينظر للمدين كما ينظر للغرماء

". (١)

" (٤ ٢٣) ، (الكفاية) . أما لو نقض المشتري البناء فللشفيع أخذ العرصة بحصتها من الثمن ، (الهداية) وفي هذه الصورة يقسم ثمن المبيع على قيمة الأرض والبناء في البيع وقت العقد ، ويأخذ الشفيع الأرض بحصتها من الثمن ، (الزيلعي والكفاية) . - * * * * * - والمنقولات التي يكون للشفيع أخذها بالشفعة تبعا للعقار هي المنقولات التي لم تفصل عن العقار . أما إذا فصلت قبل أخذ الشفيع بالشفعة فلا يبقى للشفيع حق في الأخذ فلو أخذ المشتري العرصة والأشجار مع ما على الأشجار من ثمر ، وبعد ذلك جمع الثمر ، فليس للشفيع أخذ هذا الثمر ؛ لأنه لم يبق تبعا للعقار وقت الأخذ ، حيث صار منفصلا عنه

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٤٥/٢

فلا يأخذه ، (الهداية والكفاية) . أما لو بيعت الأشجار والأبنية بدون أرض فلا تجري الشفعة ؛ لأنه لما كانت هذه الأشياء من المنقولات فلا قرار لها ، (الهداية) . ولو بيعت هذه الأشياء مع حق القرار فلا تجري فيها الشفعة ، كما هو مبين في شرح المادة ، (١٠١٧) ؛ لأنه لو بيعت على هذا الوجه فلا تكون دائمة ، إذ تزول الأشجار بجفافها والبناء بانهدامه واحتراقه . - * * * * * - ولو بيع العلوي ، كما هو مبين في المادة ، (١ ١ . ١) ، تجري الشفعة ونظرا لكونه مجرد بناء فكان الأولى ألا تجري فيه الشفعة ، إلا أنه نظرا لكون العلوي له حق القرار على السفلي ولصاحبه حق بنائه مجددا بعد الانهدام . فلذلك يلحق بالعقار وتجري فيه الشفعة أيضا ، (الهداية) . - * * * * * - (مادة ١٠٢١) - ، (الشفعة لا تثبت إلا بعقد البيع البات الصحيح) . إنما تثبت الشفعة بعقد البيع البات الصحيح أو ما أشبه ذلك من المعاوضات المالية ، كالإقالة التي في حكم البيع والسلم والهبة بشرط العوض وبعض أنواع الصلح ، يعني تثبت الشفعة عند المعاوضة المالية لخروج العقار المشفوع في مقابل عوض مالي من ملك المالك ولو لم يدخل في ملك المشتري ، أما لو خرج من ملك المالك بدون مقابل أو عوض مالي ، سواء أخرج بلا عوض كالهبة أم خرج بعوض غير مالي كجعله بدلا للمهر والإجارة والصلح عن دم العمد فلا تثبت الشفعة ؛ لأنه لو ثبتت الشفعة فيه للزم أن يأخذه الشفيع إما بقيمته أو مجانا ولا يمكن الأخذ بالقيمة ؛ لأن المالك لذلك العقار لم يملكه بقيمته حتى يستطيع الشفيع أخذه بالقيمة . انظر المادة ، (٩٥٠) . وليس في الإمكان أخذه مجانا . ولهذا السبب فالأخذ مجانا هو تبرع ولم يشرع الإجبار على التبرع ، (الهندية في الباب الأول) . إيضاح البيع : ولفظ البيع ذكر مطلقا ، بناء على المادة ، (٦٤) ، أي سواء أكان البيع المذكور صحيحا أم كان فاسدا وانقطع حق المالك بمقتضى المادة (٣٧٢) ، (مجمع الأنهر) وسواء أكان البيع باتا أو شرط فيه الخيار للمشتري فقط ، يعني تثبت الشفعة في كل ذلك . وعليه فإن كان للشفيع اتخاذ الشفعة وكان المشتري مخيرا ، فأبطل المشتري البيع بسبب الخيار قبل الأخذ بالشفعة فلا تبقى للشفيع شفعة ؛ لأن هذا الفسخ رفع للبيع من أصله وليس بإقالة ، بناء عليه فقد انعدم السبب في حق الشفيع من أصله . سؤال : بما أن المبيع في صورة كون المشتري مخيرا لا يدخل في ملكه مدة الخيار . واستحقاق الشفعة باعتبار وجود الملك وعدم جريان الشفعة ، بناء على عدم الملك في عقد الإجارة والاستعارة يجب أن لا

" . (١)

" الدليل رجحان جهة المبادلة بل يوجب تساوي المبادلة والإفراز وذلك إذا قسمت الدار الكبيرة المشتركة بين زيد وعمر و إلى قسمين فأخذ زيد القسم الخاص بالضيافة وأخذ عمر و القسم العائد للسكن فنصف القسم الذي أخذه زيد الذي هو دار الضيوف هو ملكه في الأصل ولم يأخذه من عمر و فالتقسيم بهذا الاعتبار هو إفراز صرف وأخذ لعين الحق ولا يوجد في ذلك مبادلة مطلقا وأما النصف الآخر من تلك الدار فقد كان مالا لعمر و فجعل بدلا للقسم الذي أخذه عمر و وحصل بذلك مبادلة بين حصته وحصة زيد وليس في ذلك إفراز مطلقا فعلى هذه الصورة كيف رجحت المبادلة على الإفراز في ذلك ؟ ، . كذلك إن نصف دار الضيوف الذي أخذه عمر و هو ملك عمر و أصلا ولا يوجد في ذلك مبادلة مطلقا فالقسمة بهذا الاعتبار إفراز صرف وأما النصف الآخر فقد كان ملك زيد وجعل عوضا عن القسم الذي ترك لعمر و فالقسمة بهذا الاعتبار مبادلة صرفة فكيف رجحت هذه المبادلة على الإفراز ؟ ، . إن جهة الإفراز ثابتة في المثليات حيث إن المأخوذ في القسم المعاوض هو عين المأخوذ منه وبتعبير آخر هو عين المبدل منه صورة ومعنى أيضا وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكما كما في القروض (الفتح) فعلى هذه الصورة فالقسمة في المثليات قسمة إفراز صرف وبهذا الاعتبار ليس فيها مبادلة مطلقا والأمر على هذا الوجه في القيميات ، وكذلك في المثليات يوجد مبادلة قسم ، إلا أنه يوجد في هذه المبادلة معنى الإفراز أما في القيميات فلا يوجد في القسم الذي فيه جهة مبادلة معنى الإفراز ، ويفهم من هذه التفصيلات أنه لو قيل هنا : جهة المبادلة والإفراز سيان في القيميات ، لكان ذلك خاليا من الاعتراض (فتح القدير) . قد أوردت الأسئلة الآتية على رجحان جهة المبادلة : السؤال الأول - لو كانت جهة المبادلة راجحة لوجب أن لا يجبر الشريك في الأموال القيمية المشتركة على القسمة حيث يشترط في المبادلة تراضي الطرفين كما في البيع والإجارة مع أنه يجوز الجبر على القسمة كما ورد في المادة (١١٣٠) . الجواب - بما أنه يجوز الإجبار من أجل حق الغير الذي لا يمكن الاستحصال عليه بدون الجبر فلذلك جاز الإجبار على المبادلة ولذلك نظيران ، أولهما : يجبر المشتري على تسليم المشفوع مع كون التسليم المذكور معاوضة ومبادلة انظر المادة (١٠٣٧) . ثانيهما : يجبر المدين على بيع ماله لإيفاء الدين (الهندية والكفاية ورد المحتار) . انظر المادة (٩٩٨) . والقسمة أيضا هي من هذا القبيل وهي مبادلة يتعلق بها حق الغير بسبب أن طالب القسمة يطلب حصر الانتفاع بحصته ومنع غيره من الانتفاع بها فجاز الجبر في ذلك .

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٩٢/٢

" [1].

" السؤال الثاني – لو كانت جهة المبادلة راجحة لكان يجب جريان الغرور المبين في المادة (٦٥٨) في القسمة يعني إذا قسمت عرصة إلى قسمين وأنشأ أحد المتقاسمين بناء في حصته فإذا ضبطت العرصة بالاستحقاق بعد ذلك فليس لصاحب البناء أن يسلم شريكه نصف البناء ويطلب قيمته من شريكه مع أنه كان له ذلك باعتبار جهة المبادلة راجحة ؟ . الجواب – إن عدم جريان ضمان الغرور في القسمة هو لأن كل شريك من الشريكين محتاج لتخليص حقه ومنع رفيقه من الانتفاع به وهذا لا يكون إلا بالمبايعة فاضطر لتلك المبايعة لإحياء حقه فلذلك كانت المبايعة المذكورة جبرية فلا يثبت فيها حكم الغرور كما لا يثبت حكم الغرور إذا أخذ الشفيع المشفوع بحكم القاضي (الكفاية في أول القسمة) . والمبادلة إنما تكون بتراضي الطرفين في قسمة الرضاء أو بحكم القاضي في قسمة القضاء ، وحصول المبادلة بالتراضي ظاهر كبيع إنسان ماله رضاء لآخر بكذا درهما أو بتأجيره ماله لآخر بتسمية كذا درهما بدلا ، أما كون المبادلة بحكم القاضي فهو يكون من أجل حق الغير في الأموال التي لا يمكن الاستحصال على الحق فيها بدون الإجبار وقد جاز فيها الإجبار وقد بين آنفا أن القسمة هي من هذا القبيل (رد المحتار) . ويتفرع عن كون جهة المبادلة راجحة في القيميات ثلاث مسائل : المسألة الأولى – لا يجوز لأحد الشريكين في الأعيان المشتركة من غير المثليات ولو كانت متحدة الجنس أخذ حصته منها في غيبة الآخر بدون إذنه ؛ لأن نصف الحصة الذي يأخذه كل شريك منهما هو وإن كان ملكه إلا أن النصف الآخر هو عوض عن الحصة التي بقيت في يد شريكه وبدل لها ففي المبادلة يجب إذن الشريك . عبارة (في غيبة الآخر) الواردة في هذه الفقرة هي بمقام بدون إذنه وعطف ما بعده عليه هو عطف تفسير فلذلك لو كان الشريك حاضرا ورأى بعينيه شريكه الآخر يأخذ حصته ولم يرض بذلك فليس للشريك الآخذ أخذ تلك الحصة انظر المادة (١١٢٨) . المسألة الثانية – لو كان مال قيمي مشتركا بين صغير وبالغ فليس للبالغ أخذ حصته بل يجب تقسيم المال المشترك في حضور الولي أو الوصي قضاء أو رضاء . المسألة الثالثة – لا تجوز مرابحة البيع على نصف الثمن ، وذلك لو اشترى اثنان دارا كبيرة بثمانمائة دينار على أن تكون مشتركة بينهما مناصفة ثم قسماها بينهما مناصفة إلى قسمين وباع كل منهما حصته مرابحة بأربعمائة وخمسين

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٠٧/٣

دينارا فلا يجوز (الهداية) . - * * * * * * - المادة (١١١٩) - (المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض

". (١)

" أنه لما كانت القسمة غير معدودة من القضاء حقيقة فغير مفروض على القاضي أن يباشر القسمة بالذات بل أن المفروض عليه أن يجبر الممتنع عن القسمة فقط إلا أنه لما كان **الإجبار** على القسمة ممكنا من طرف القاضي فأصبحت القسمة مشابهة للقضاء والحكم فلذلك يستحب عدم أخذ أجرة على ذلك (العناية) . وقد بين في الكتب الفقهية الأخرى كالخلاصة والوهبانية أن التقسيم هو من جنس عمل القضاء وأنه لا يجوز للقاضي أخذ أجرة . مقدار الأجرة هي ربع عشر الأموال المقسومة ، أي جزء من أربعين من قيمة المقسوم (من فتاوى اللامشي ويحيى أفندي في القسمة) . ويعمل اليوم في المحاكم الشرعية بالقول الأول . ليس للقاضي أن يأخذ أجرة مقابل حكمه وقضائه ؛ لأن القضاء على القاضي فرض وقد ذكر في المادة (٤٥٧) أنه لا يجوز أخذ أجرة مقابل عمل مفروض ، وإذا أخذ يكون المأخوذ رشوة وحكمه باطل . اختلاف الفقهاء في أجرة القسمة : إذا أخذ القاسم أجرة مقابل عمل التقسيم فتكون هذه الأجرة على نسبة عدد الرءوس عند الإمام الأعظم ؛ لأن الأجرة هي مقابلة للتمييز والتمييز قد يكون صعبا في القليل وسهلا في الكثير فلذلك اعتبر أصل التمييز ، وبما أن جميع الشركاء قد استفادوا من أصل التمييز متساوين فلزم عليهم دفع الأجرة بالسوية . أما عند الإمامين فتكون الأجرة بنسبة الأنصباء ؛ لأن الأجرة هي مئونة المالك (الدر المختار ورد المحتار) فلذلك لو كان مال مشترك بين اثنين ثلثه لأحدهما وثلثاه للآخر فتؤخذ أجرة القسمة من الشريكين مناصفة عند الإمام وأثلاثا عند الإمامين (منلا مسكين) ويعمل اليوم في المحاكم الشرعية بقول الإمامين . مصارف الأملاك : قد اختلف في أجرة القاسم على الوجه المحرر . أما أجرة الكيال والوزان والراعي والحمال والحارس وباني الحائط المشترك ومشيده وكرى النهر وإصلاح القناة فيدفعها الشركاء بنسبة أنصبائهم بالإجماع . مثلا لو كان قطيع غنم مشتركا بين اثنين أثلاثا فأجرة الراعي وكذلك أجرة حفظ المال المشترك أثلاثا يدفعها الشريكان للراعي وللحافظ أثلاثا . كذلك لو اشترى اثنان صبرة مكيل أو موزون وأمر أحدا بكيلها ليعلما مقدارها فالأجرة تدفع منهما بقدر حصة كل واحد منهما في الملك ، أما إذا كان هذا الكيل أو الوزن لعمل القسمة فيجري في ذلك الاختلاف كما هو مبين

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٠٨/٣

في الملتقى . أما صاحب الهداية فيقول : إنه لا يجري في ذلك اختلاف سواء كان الكيل أو الوزن للقسمة أو لأي نوع آخر وأن الأجرة تلزم بنسبة عدد الأنصباء (الدر المختار ورد المحتار) . - * * * * *

". (١)

" مثلا لو كان عشر دار لأحد وباقيها للآخر فقسمت بينهما وحرم صاحب العشر من الانتفاع الذي كان ينتفعه من تلك الدار لقلة نصيبه وكان الآخر ينتفع لوفرة حصته فتقسم هذه الدار لطلب صاحب الحصة الكبيرة . المسألة الثالثة - أن يتضرر كلا المتقاسمين وفي هذه الصورة لا تقسم بحكم القاضي . قد بقيت مسألة هنا تحتاج للتدقيق وهو أنه لو كان في مال شركاء متعددون وكان ذلك المال غير قابل للقسمة بنسبة حصص الشركاء ولكنه قابل لها عن طائفة كأن تكون العرصة المشتركة مشتركة بين عشرة أشخاص وقابلة للتقسيم إلى قسمين متساويين واجتمع خمسة شركاء معا وطلبوا الخمس الحصص العائدة إليهم في قسم فهل يجوز الإجبار على التقسيم إذا امتنع الشركاء الآخرون ؟ لم يوجد في كتب الحنفية صراحة عن ذلك إلا أنه قد ذكر في تحفة المنهاج أنه يجبر على القسمة التي بهذه الصورة ، والعبارة الأصلية الواردة في ذلك الكتاب هي : (وفي الروضة وأصلها وغيرها : لو كان نصف الدار لواحد والآخر لخمسة أجيب الأول وحينئذ فلكل من الخمسة مشاعا لم يجب أحدهم للقسمة ؛ لأنها تضر الجميع وإن طلب أولا الخمسة إفراز نصيبهم مشاعا أو كانت الدار لعشرة وطلب خمسة منهم إفراز نصيبهم مشاعا أجيبوا ؛ لأنهم ينتفعون بنصيبهم كما كانوا ينتفعون به قبل القسمة) وإن النقل الوارد في كتاب البدائع من كتب الحنفية مؤيد لذلك ولنورده هنا : (وينبغي أن لا يضم نصيب بعض الشركاء إلى بعض إلا إذا رضوا بالضم فلا يحتاج إلى القسمة ثانيا) . وإذا طلب بعد ذلك بعض أصحاب تلك الحصص الخمس تقسيم حصصهم بينهم فلا تقسم قضاء وحكما وهذه المسألة مذكورة في المادة (١١٤٠) . وفي المسألة الآنفة إذا طلب أصحاب الحصص الخمس القسمة وجمع حصصهم في حصة واحدة فتقسم وتفرز الحصص الخمس وتعطى لأصحابها مشاعا . وإذا كانت تلك الدار الكبيرة مشتركة بين عشرة أشخاص على السوية وغير قابلة قسمتها إلى عشرة أقسام فاجتمع خمسة شركاء منهم معا وطلبوا جمع الخمس الحصص العائدة إليهم في حصة واحدة وامتنع الآخرون فتقسم الدار بينهم جبرا وحكما ، أما بعد ذلك لو طلب واحد من الخمسة أو

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١١٣/٣

اثنان أو ثلاثة أو أربعة منهم إفراز حصتهم وتقسيمها وامتنع الآخرون فلا تقسم جبرا وحكما وهاتان المسألتان لم توجدا في كتب الحنفية . - * * * * *

" (١).

" الفصل الثالث في بيان قسمة الحمع - تقسيم القسمة باعتبار الجبر وعدمه : يفهم من الإيضاحات الآتية أن القسمة على قسمين باعتبار جواز الجبر فيها من عدمه : القسم الأول - القسمة التي يجوز الجبر فيها ، أي القسمة التي يجبر القاضي الشريك الممتنع عن القسمة على القسمة بطلب الشريك الآخر كتقسيم المثليات والقيميات المتحدة الجنس . القسم الثاني - القسمة التي لا يجوز الجبر فيها أي التي لا يجبر القاضي الشريك الممتنع عن القسمة على القسمة كتقسيم الأعيان المشتركة المختلفة الجنس . المادة (١١٣٢) (تجري قسمة القضاء في الأعيان المشتركة المتحدة الجنس ، يعني أن القاضي يقسم ذلك حكما بطلب بعض الشركاء ، سواء كان ذلك من المثليات أو من القيميات) تجري قسمة القضاء قسمة جمع في الأعيان المشتركة المتحدة الجنس بانفراد يعني بدون أن تتداخل ، أي إن القاضي يقسم ذلك حكما وجبرا بطلب بعض الشركاء - ولو بطلب واحد منهم - حسب المادة (١١٢٩) ؛ لأن القسمة التي هي عبارة عن تمييز الحقوق قابلة في صنف واحد ؛ لأنه تمكن فيها المعادلة باعتبار المالية والمنفعة (رد المحتار وفتح القدير ومجمع الأنهر) سواء كانت الأعيان المشتركة المتحدة الجنس من المثليات أو القيميات . وإن يكن أنه يجب أن لا يجبر على القسمة في القيميات كالحيوانات والعروض ؛ لأن جهة المبادلة فيها راجحة وغالبة كما هو مذكور في المادة (١١١٨) ولأنه يلزم تراضي الطرفين في المبادلة إلا أنه لما كان في هذه القسمة جهة إفراز فقد جاز **الإجبار** على القسمة بالنسبة لجهة الإفراز (الدرر) . فلذلك تقسم المثليات كالحنطة والشعير والسمن والقيميات كالبقر والغنم وجميع أصناف الدواب على حدة وانفراد قضاء قسمة جمع (رد المحتار والهندية) . وقوله : (على حدة) أي بدون تداخل كأن تقسم أي تفرز الحنطة مثلا إلى قسمين أو ثلاثة أقسام وكذا الشعير المشترك ولا تقسم هذه بالتداخل يعني لو كان بين اثنين حنطة وشعير مشترك فأعطي أحدهما حنطة وأعطي الآخر مقابل ذلك شعيرا ، وكذلك لو كان بين اثنين غنم

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٣٦/٣

" . (١)

" قيل (كأنه أخذ) ؛ لأنه قد ذكر في شرح المادة (١١١٨) أن الحصة التي يأخذها الشريك عند تقسيم القيميات لا يمكن جعلها عين حقه وكذا مائة جمل وكذا مائة بقرة هي من هذا القبيل أيضا أي من جزئيات القيميات المتحدة الجنس ، وعلى ذلك قد عد صنف الجمل قابلا للقسمة على حدة وبانفراد ، ولذلك تجري في الأصناف المذكورة قسمة الجمع قسمة قضاء على حدة ولا تجري في ذلك قسمة قضاء بالتداخل كما هو مذكور في المادة الآتية . - * * * * * - المادة (١١٣٥) - (لا تجري قسمة القضاء في الأجناس المختلفة أي في الأعيان المشتركة المختلفة الجنس سواء كانت من المثليات أو من القيميات أي لا يسوغ للقاضي أن يقسمها قسمة جمع جبرا بطلب أحد الشركاء أي لا تجري قسمة القضاء بإعطاء أحد الشريكين مثلا مقدار كذا كيلة حنطة وإعطاء الآخر مقابل ذلك كذا كيلة شعير ؛ أو إعطاء أحدهما كذا شاة وإعطاء الآخر مقابل ذلك كذا إبلا أو بقرة ، أو إعطاء أحدهما سيفا واعطاء الآخر سرجا ، أو إعطاء أحدهما دارا واعطاء الآخر حانوتا أو ضيعة . أما قسمة الرضاء الجارية برضائهما على الوجه المشروع فجائزة) لا تجري قسمة القضاء في الأجناس المختلفة أي في الأعيان المشتركة المختلفة الجنس أي لا تجوز قسمة الجمع قسمة قضاء بالتداخل ؛ لأنه لا يوجد اختلاط في الأجناس المختلفة فالقسمة التي تجري فيها لا تكون تمييزا بل تكون معاوضة مع أن ولاية القاضي في الإجبار على المعاوضة والإجبار على القسمة لا تثبت إلا إذا وجد في القسمة تمييز حيث إنه يوجد تفاوت فاحش في المقاصد بالنسبة إلى الأجناس المختلفة فقسمتها قسمة جمع هو معاوضة صرفة فيحتاج إلى رضاء كل الشركاء . (الدرر والهداية ومجمع الأنهر) . سواء كانت الأجناس المختلفة من المثليات كالحنطة والشعير أو كانت من القيميات كالإبل والبقر وهذا هو تفسير قسمة القضاء . وقد عرفت في المادة (١١٢٢) أي ليس للقاضي أن يقسم قسمة جمع جبرا بطلب أحد الشريكين وفي حالة امتناع الآخر (رد المحتار) . يعني إذا امتنع أحد الشركاء عن تقسيم الأجناس المختلفة بطريق التداخل وطلب واحد أو أكثر من الشركاء القسمة فلا تجوز القسمة انظر المادة (٤٦) أي لا تجري قسمة القضاء بإعطاء أحد الشركاء مثلا كذا كيلة حنطة وإعطاء آخر مقابل ذلك كذا كيلة شعير أو إعطاء أحدهما بغلا وإعطاء الآخر مقابل ذلك شاتين أو إعطاء أحدهما كذا عددا من الأغنام وإعطاء الآخر مقابل

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٣٧/٣

" (١) .

" المسألة الرابعة – الأراضي الأميرية : يشترط في تقسيم الأراضي الأميرية أن ينتفع جميع الشركاء النفع الذي كانوا ينتفعون به قبل التقسيم ، فلذلك إذا كان التقسيم غير نافع لجميع الشركاء أو كان نافعا لبعضهم ومضرا بالآخرين أو مفوتا لمنفعته المقصودة فلا تصح القسمة بطلب الشريك الغير المنتفع ، كما أنها لا تصح أيضا بطلب الشريك المنتفع . – * * * * * – المادة (١١٤١) – (لا تجري قسمة في العين المشتركة التي يضر تفريقها وتبعيضها بكل واحد من الشركاء . مثلا إذا قسمت الطاحون فلا تستعمل طاحونا بعد ، فلذلك تفوت المنفعة المقصودة منها . وعليه فلا يسوغ للقاضي قسمتها بطلب أحد الشركاء أما بالتراضي فتقسم ، والحمام والبئر والقناة والبيت الصغير أو الحائط بين الدارين هي كذلك والعروض المحتاجة إلى الكسر والقطع كحيوان واحد ومركبة واحدة وسرج واحد وجبة واحدة وحجر خاتم واحد هي من هذا القبيل فلا تجري قسمة القضاء في أي واحد منها) . لا تجري قسمة القضاء في العين المشتركة التي يضر تفريقها وتبعيضها أي تقسيمها بنسبة حصص الشركاء بكل واحد من الشركاء أي التي تفوت المنفعة المقصودة منها لأن **الإجبار** على القسمة قد شرع لتكميل المنفعة وإجراء القسمة في عين مشتركة كهذه يستوجب تفويت المنفعة ويأتي بعكس النتيجة (الدرر) عدا أن طالب القسمة هو متعنت ومتصد لإضرار الغير فالقاضي لا يباشر عملا كهذا غير مفيد وباعثا للضرر الطوري . مثلا إذا قسمت طاحون مشتركة فلا يمكن استعمالها طاحونا (الدرر) ولو كان الانتفاع بها ممكنا باتخاذها إصطبلا أو مخزنا لا تعد قابلة للقسمة إذ تفوت بذلك المنفعة المقصودة فلذلك لا يقسمها القاضي بطلب أحد الشركاء أي بطلب بعضهم والحمام كالطاحون الطوري . أما إذا كانت الطاحون ذات حجرين وكان الحمام ذا مخزنين وكان الانتفاع بهما كالأول فهما قابلان للقسمة . انظر شرح المادة (١١٣١) . (رد المحتار ولسان الحكام) . وقد أفتى في الحامدية بقسمة معصرة زيت لاثنين مناصفة وهي مشتملة على عودين ومطبخين وبئرين للزيت لأنها قابلة للقسمة بلا ضرر (رد المحتار) . أما بالتراضي أي بتراضي جميع الشركاء فتقسم لأن الحق لهم وهم أعلم من غيرهم في احتياجاتهم (الطوري) . وقسمة الرضاء على نوعين كما بين في المادة (١١٢١) : –

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٤٠/٣

." (١)

" الغير الصحيحة فيجوز الرجوع عنها ، وذلك إذا اقتسم الموقوف عليهم برضائهم الأراضي الموقوفة وطلب أحدهم بعد مرور بضع سنين إبطال القسمة فالطلب المذكور صحيح ومشروع ؛ لأن تقسيم الأراضي الموقوفة بين الموقوف عليهم غير صحيح عند الجميع (رد المحتار) كذلك إذا كانت الدار الوقف المشروطة توليتها وسكناها لأولاد الواقف قابلة للقسمة فاقتسمها ولدان من أولاد الواقف فلأحدهما نقض القسمة المذكورة في أي وقت أراد (البهجة) . – * * * * * – المادة (١١٥٨) – (إذا جرى الاقتراع أثناء القسمة على أكثر الحصص مثلا وبقيت واحدة منها وأراد أحد الشركاء الرجوع ينظر فإذا كانت قسمة رضاء فله الرجوع وإذا كانت قسمة قضاء فلا رجوع) . إذا جرى الاقتراع أثناء القسمة على أكثر الحصص مثلا وبقيت واحدة منها فقط ، والصواب اثنتان منها ، وأراد أحد الشركاء الرجوع ينظر ، فإذا كانت القسمة قسمة رضاء فله الرجوع وإذا كانت قسمة قضاء فليس له الرجوع ينظر ، فإذا كانت القسمة قسمة رضاء فله الرجوع وإذا كانت قسمة قضاء فليس له الرجوع ، يعني إذا سحبت أثناء القسمة بعض القرع وبقي بعضها وأراد أحد الشركاء الرجوع ينظر فإذا كانت قسمة رضاء فله الرجوع لأن القسمة المذكورة مبنية على رضاء جميع الشركاء فإذا بقيت قرعتان أو أكثر بدون سحب فلا تتم القسمة بسحب بعض القرع فلذلك لكل شريك حق في الرجوع سواء كان الراجع الشريك الذي سحبت قرعته أو غيره ما لم تسحب جميع القرع وتبقى واحدة منها ففي تلك الحال لا يجوز الرجوع لأنه إذا كان الشريك الذي لم تسحب قرعته واحدا فتكون قد تعينت حصته بدون سحب قرعته وتكون قد تمت القسمة فلا يجوز الرجوع عنها حسب المادة الآنفة . مثلا إذا كانت عرصة مشتركة بين خمسة شركاء بحصص متساوية قسمت رضاء إلى خمسة أقسام وجرت تسويتها ثم سحبت القرعة فإذا سحبت قرعة واحدة فيجوز الرجوع عن القسمة كما جاز الرجوع عنها قبل سحب القرعة . كذلك يجوز الرجوع عن القسمة إذا سحبت قرعتان أو ثلاث منها أما إذا سحبت أربع قرع وبقيت قرعة واحدة فتكون قد تمت القسمة ولا يجوز الرجوع وأما إذا كانت القسمة قسمة قضاء فلا يجوز الرجوع أي لا يجوز الرجوع قبل حصول الاقتراع أو بعد حصول الاقتراع في بعض الحصص وبقاء قرعتين أو أكثر لأن للقاضي إجبار الشريك الممتنع عن القسمة على القسمة وله **الإجبار** على تقسيم الملك المشترك الذي لم يباشر تقسيمه ولذلك فهو مقتدر على إجبار الشريك الذي يرجع عن القسمة على القسمة فلا يكون فائدة من الرجوع (بيري زاده في أول القسمة ورد المحتار والهندية) . – * * * * *

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٤٩/٣

" (١) .

" يمنعه من حفر البئر بداعي أنها تجذب ماء بئره . انظر المادة (١١٩١) - * * * * * - المادة (١١٩٥) - (ليس لأحد أن يبرز رفراف غرفته التي أحدثها في داره على دار جاره فإن أبرزه يقطع القدر الذي جاء على تلك الدار) . ولو كان ذلك غير مضر بجاره لأن علو الدار المذكورة حتى السماء هو ملك لجاره حسب المادة (١١٩٤) ولا يجوز التصرف في ملك الغير بلا إذنه . انظر المادة (٩٦) . فإن أبرزه يقطع القدر الذي جاء على تلك الدار ويفرغ هواء دار جاره على هذا الوجه علي أفندي . ويشار بتعبير ' التي أحدثها ' بأنه إذا كان الرفراف مبرزا من القديم لا يقطع . انظر المادة السادسة ، وذلك لو كان رفراف بيت أحد ممتدا على عرصة آخر من القديم بحق وكان ماؤه يسيل على العرصة المذكورة فليس لصاحب العرصة أن يقطع الرفراف المذكور بداعي أنه يريد بناء غرفة في العرصة علي أفندي - * * * * * - المادة (١١٩٦) - (إذا امتدت أغصان شجر بستان أحد إلى دار جاره أو بستانه فللجار أن يكلفه تفريغ هوائه بربط الأغصان وجرها إلى الوراء أو قطعها . ولكن لا تقطع الشجرة بداعي أن ظلها مضر بمزروعات بستان الجار) . إذا امتدت أغصان شجر بستان أحد إلى جاره أو إلى مزرعته فيفرغ هواء الجار بأهون الطرق الممكنة على صاحب الشجر وذلك : ١ - للجار أو لورثته في حال وفاته أن يطلب ربط الأغصان وجرها إلى الوراء إذا كان ممكنا ، وفي هذا الحال أي إذا كان ممكنا ربط الأغصان وجرها إلى الوراء بدون حاجة للقطع فلا تقطع يعني ليس للجار قطعها بالذات كما أنه ليس له مراجعة القاضي وطلب **الإجبار** على قطعها أما إذا كان ممكنا جر بعض الأغصان بربطها وغير ممكن جر البعض الآخر فيزال الضرر بجر ممكن الجر وقطع الأغصان الغير الممكن جرها . انظر المادة (٢٠) . وإذا قطع الجار الأغصان في هذا الحال فيضمنها (الخانية) . ٢ - للجار أو لوارثه في حال وفاته أو للمشتري أن يطلب تفريغ هوائه بقطع الأغصان إذا كانت الأغصان سميكة وغير ممكن جرها بالربط (علي أفندي والخانية) . انظر المادة (١٤٩٠) . واللائق في هذا الحال أن يراجع الجار صاحب الشجر وأن يطلب منه قطع الأغصان بنفسه أو أن يأذنه بقطعها فإذا امتنع عن إجابة طلبه يراجع القاضي ويطلب منه الحكم بذلك . وإذا قطعها في هذه الصورة بدون مراجعة القاضي فينظر : فإذا قطعها من موضع يأمر القاضي

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٧٠/٣

" .(١)

" انظر المادة (٩٦) . وكما أن لذلك الشخص أن يضع ستارة في ملكه لإزالة الضرر عن جاره فله أيضا أن يضع ستارة في ملك غيره لإزالة الضرر . مثلا لو أحدث أحد دارا وكانت نافذة داره مطلة على مقر نساء دار جاره وأراد دفع الضرر عن جاره بأن وضع ستارة في ملك غيره الواقع بين داره ودار جاره فليس للجار أن يقوله له : يجب وضع الستارة في طرف نافذتك . فتاوى أبي السعود : انظر شرح المادة (٩٦) لكن لا يجبر على سد النافذة على كل حال بحائط . والخلاصة أنه يزال الضرر الفاحش في ذلك بأحد الأمور الثلاثة الآتية : ١ - سد النافذة . ٢ - إنشاء حائط أمام النافذة من الحجارة أو الآجر . ٣ - أن توضع ستارة وبما أن الصورة الثالثة كافية لدفع الضرر فلا يجبر على دفع الضرر بالصورة الأولى والثانية (الفيضية بإيضاح) . كما أنه إذا عمل حائطا من الأغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره فإنه يؤمر بسد محلات النظر من طرف القاضي ولا يجبر على هدم الحائط المعمول من الأغصان وبناء حائط محله . انظر المادة (٢٢) . يعني أنه لا يجبر امرؤ على أن يتصرف في ملكه بصورة مخالفة لاختياره إلا أنه قد شرع الإجبار على ذلك لضرورة دفع الضرر الفاحش فإذا كان ممكنا دفع الضرر المذكور بإصلاح حائط الأغصان فلا يجبر على أن يبني حائطا حيث إن الضرورات تقدر بقدرها . - * * * * * - المادة (١٢٠٣) - (إذا كانت لأحد نافذة في محل أعلى من قامة الإنسان فليس لجاره أن يطلب سدها لاحتمال أنه يضع سلما وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار . انظر المادة (٧٤)) . إذا كان لأحد في بيته نافذة محدثة في محل قريب من السقف أعلى من قامة الإنسان فليس لجاره أن يطلب سدها لاحتمال أنه يضع سلما وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار (التنقيح) . فعلى هذه الصورة لكل أحد أن يحدث نافذة في ملكه في موضع أعلى من قامة الإنسان وليس لجاره منعه . انظر مادة (٧٤) . كذلك لو أحدث أحد في عرصته الواقعة فوق دار الآخر طاحون هواء فليس للجار منعه من ذلك بداعي أنه يخاف من أن تهدم الطاحون من الهواء فتهدم داره أيضا فتاوى أبي السعود .

" .(٢)

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢١٨/٣

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٣٢/٣

"كذلك إذا كان سطح دارين متلاصقين محاذيا بعضه لبعض وأراد أحد صاحبي الدارين الصعود على سطحه وكان يرى مقر نساء صاحب السطح الآخر فهو ضرر فاحش فيمنع من الخروج إلى سطح ما لم يتخذ ستارا يمنع رؤية مقر النساء أما إذا كان لا يرى منه مقر نساء جاره بل ترى النساء حين وجودهن على السطح فلا يمنع من الصعود على السطح لأنه إذا كان يرى نساء جاره حين صعوده على السطح وكذلك يرى مقر نسائه حين خروج جاره إلى السطح أيضا ، فضررهما متساو (التنقيح والعناية) . - * * * * * - . المادة (١٢٠٦) - (إذا اقتسم اثنان دارا مشتركة بينهما وكان يرى من الحصة التي أصابت أحدهما مقر نساء الآخر فيؤمران أن يتخذا سترة مشتركة بينهما) . إذا اقتسم اثنان دارا مشتركة بينهما ، وكان يرى من الحصة التي أصابت أحدهما أو من أحد مواضعها مقر نساء الآخر أو يطلع على أحوال لا يجوز للغير الإطلاع عليها فيؤمران من القاضي أن يتخذا سترة مشتركة بينهما ويدفع كل منهما الحصة التي تصيب حصته من المصرف (علي أفندي والتنقيح والفصولين) . قد ذكر في شرح المادة (١١٩٢) أنه لا يجبر أحد على إصلاح ملكه فلذلك قد بين العلماء المتقدمون أنه يجبر أحد على اتخاذ السترة ، إلا أن هذا الرأي كان في زمن الصلاح غير أنه لما تكاثر الفساد بين الناس فقد رأى بعض المجتهدين لزوم **الإجبار** على اتخاذ السترة وقد قبلت المجلة هذا القول . انظر المادة (٣٩) . - * * * * * - . المادة (١٢٠٧) - (إذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفا مشروعا فجاء آخر وأحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه . مثلا إذا كان لدار قديمة نافذة مشرفة على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة أن يدفع بنفسه مضرته وليس له حق أن يدعي على صاحب الدار القديمة ، كما أنه لو أحدث أحد دارا في عرصته المتصلة بدكان حداد فليس له أن يطلب تعطيل دكان الحداد بداعي أنه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد ، وكذا إذا أحدث أحد دارا في القرب من بيدر قديم فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية بداعي أن غبار البيدر يصيب داره) . إذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفا مشروعا وغير مضر بأحد أي ضرر فجاء آخر وأحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه أي إن شاء دفع ضرر نفسه وإن

".(١)

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٣٤/٣

" عن الإنفاق عليه فإذا راجع الشريك القاضي فيجبر القاضي الشريك الممتنع عن الإنفاق وفي هذا الحال إذا أنفق أحد الشريكين على القن من نفسه يكون متبرعا لأنه مهما كان الشريك المنفق مضطرا للإنفاق فله أن يجبر الممتنع على الإنفاق بواسطة القاضي ولذلك فما يصرفه بدون إذن شريكه أو إذن القاضي يكون متبرعا ' صرة الفتاوى في الشركة ' . خامسا – **الإجبار** على الإنفاق على الدابة المشتركة وهو مذكور في المادة (١٣٢٠) سادسا – **الإجبار** على الإنفاق على الدولاب ، وإذا كان دولاب لإخراج الماء مشتركا بين اثنين وكان محتاجا للتعمير وأراد أحد الشريكين تعميره وامتنع الآخر فيجبر الشريك الممتنع على التعمير (صرة الفتاوى في الشركة) وقوله ودولاب كساقية وشيرجة ومعصرة (الطحطاوي قبيل الوقف) سابعا – **الإجبار** على الإنفاق على البئر المشتركة أي إذا كانت البئر المشتركة محتاجة للتطهير والترميم وطلب أحد الشريكين تطهيرها وترميمها وامتنع الآخر عن ذلك فيجبر الممتنع على الاشتراك في التطهير والترميم وفي هذا الحال إذا أنفق الشريك على التطهير والترميم بلا أمر المشارك وبدون إذن القاضي يكون متبرعا وإذا أجبر لم يكن الآخر مضطرا ' التنقيح قبيل الوصايا ' . ثامنا – كري النهر . تاسعا – مرمة القناة . عاشرا – مرمة السفينة المعينة (الدر المختار قبيل الوقف) . الأصل الثالث – إذا كان أحد الشريكين مضطرا إلى تعمير الملك المشترك وعلى الإنفاق عليه ولكن لم يكن شريكه مجبورا على العمل معه أي إذا راجع الشريك الراغب في التعمير القاضي فليس للقاضي إجبار الشريك الممتنع على التعمير فإذا صرف الشريك بإذن شريكه أو بإذن القاضي فله الرجوع بما صرفه وإذا صرف بدون إذنيهما فيرجع بقيمة تعميره . الخلاصة : إن الرجوع في المضطر متوقف على عدم الجبر فإذا لم يجبر فله الرجوع بما صرفه ولو كان الصرف بلا أمر المشارك أو بدون إذن القاضي . والمسائل التي لا يجوز فيها الجبر هي كما يأتي حسب ما بين صاحب البحر (١) تعمير وإنشاء الأموال الغير القابلة للتقسيم كالحمام والطاحون (٢) بناء السفل (٣) الحائط المتهدم في العرصة الغير القابلة للقسمة (٤) إنشاء الطاحون والحمام المنهدمين اللذين لا تقبل عرصتهما القسمة . ولنوضح ذلك . أولا – لا يجوز **الإجبار** على تعمير الحمام والطاحون وسيوضح ذلك بالمادة (١٣١٣) ثانيا – لا يجوز **الإجبار** على بناء السفل ، وقد بينت هذه المسألة في المادة (١٣١٥) .

(١) ".

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣/٣٣١

" ثالثا – لا يجوز **الإجبار** على إنشاء الحائط المتهدم في العرصة الغير القابلة للقسمة انظر المادة (١٣١٦) . رابعا – لا يجوز **الإجبار** على إنشاء الطاحون والحمام المنهدمين اللذين لا تقبل عرصتهما القسمة وسيبين في المادة (١٣١٤) (رد المحتار قبيل الوقف) . – * * * * * – المادة (١٣٠٩) – (إذا عمر أحد الشريكين الملك المشترك بإذن الآخر وصرف من ماله قدرا معروفا فله الرجوع على شريكه بحصته أي أن يأخذ من شريكه مقدار ما أصاب حصته من المصرف) إذا عمر أحد الشريكين الملك المشترك ففي ذلك احتمالات أربعة : الاحتمال الأول – أن يكون المعمر صرف بإذن وأمر الشريك الآخر من ماله قدرا معروفا وعمر الملك المشترك للشركة أو أنشأه مجددا فيكون قسم من التعميرات الواقعة أو البناء ملكا للشريك الآمر ولو لم يشترط الشريك الآمر الرجوع على نفسه بالمصرف بقوله : اصرف وأنا أدفع لك حصتي من المصرف . وللشريك المأمور الذي عمر الرجوع على شريكه بحصته أي بقدر ما أصاب حصته من المصرف بقدر المعروف يعني إذا كان الملك مناصفة فيأخذ منه نصف المصرف وإذا كان مشتركا بوجه آخر فيأخذ المصرف على تلك النسبة انظر المادة (١٥٠٨) سواء كان هذا الملك قابلا للقسمة أو غير قابل لها إذ لا فرق في ذلك (جامع الفصولين) مثال للقابل للقسمة : لو كانت دار كبيرة مشتركة بين اثنين وكانت محتاجة للتعمير فقال أحد الشريكين للآخر : عمرها من مالك فعمر الشريك فله من الشريك الآخر ما يصيب حصته من نفقات التعمير . مثال لغير القابل للقسمة : لو كانت سفينة مشتركة بين اثنين وكانت محتاجة للتعمير فقال أحد الشريكين للآخر : عمرها من مالك فعمرها من ماله فله أن يأخذ من شريكه نصف ما صرفه (علي أفندي) وليس للشريك المعمر أن يقول للشريك الآمر : إنني أمنعك من التصرف بالسفينة أو البناء حتى تدفع لي حصتك في المصرف كما أن له ذلك كما جاء في المادة (١٣١٥) إذا اختلف الآمر والمأمور في مقدار المصرف ينظر : فإذا صرف المأمور ماله وأراد الرجوع به فيجب عليه أن يثبت مقدار ما صرفه بالبينة لأنه في هذه الصورة يدعي المأمور دينا من الآمر والآمر ينكر ذلك فالبينة على المدعي واليمين على من أنكر وإذا أعطى الآمر للمأمور نقودا للصرف قبل الصرف وأذن المأمور بالصرف والإنفاق منها فالقول مع اليمين للمأمور لأنه في هذه الصورة قد أخذ المأمور النقود قبل الصرف فكان أمينا والقول مع اليمين للأمين لدفع الضمان عنه

(١) ".

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣/٣٣٢

" يرض شريكه بالتعمير أي لم يأذنه بالتعمير ويكون في الحالتين متبرعا . أما إذا كان الملك المشترك قابلا للقسمة فلا يمكن الشريك الحاضر أن يراجع القاضي لتعمير الملك المشترك وأخذ الإذن منه أي ليس للقاضي أن يأذنه وإذا أذنه فلا يعتبر إذنه لأنه كما ليس للقاضي في هذه المسألة أن يجبر الممتنع على التعمير فليس له أن يأمر شريكه بالتعمير لأن الإذن بالتصرف في ملك الغير باطل انظر المادة (٩٥) . المسألة الثانية – إذا عمر أحد من نفسه أي بدون إذن شريكه وبدون إذن القاضي الملك المشترك الغير القابل للقسمة كان متبرعا : ولفهم هذه المسألة يجب بيان التفصيلات الآتية : وهي : أنه يوجد قولان في إجبار وعدم إجبار الشريك الممتنع عن تعمير الملك المشترك الغير القابل للقسمة : القول الأول – جواز **الإجبار** على التعمير وذلك لو كان حمام مشتركا بين اثنين وكان محتاجا للتعمير وطلب أحد الشريكين تعميره وامتنع الآخر فالقاضي يجبر الممتنع على التعمير لدى مراجعته وقد ذكر هذا القول في الدر المختار بالعبارة الآتية : (طاحونة مشتركة قال أحدهما لصاحبه نعمرها فقال هذه العمارة تكفيني لا أرضى بعمارتك فعمرها لم يرجع) لأن شريكه يجبر على أن يفعل معه وعلى هذا القول فالشريك الذي يريد تعمير الملك المشترك الغير القابل للقسمة إذا كان مضطرا للتعمير فالقاضي يجبر شريكه الممتنع على التعمير لدى مراجعة ذلك الشريك وكان على الشريك الطالب للتعمير مراجعة القاضي لإجبار شريكه ، فما دام أنه لم يراجع القاضي وعمر من نفسه أصبح متبرعا . انظر الأصل الثاني الوارد في شرح المادة (١٣٠٨) وقول المجلة في هذه المادة ' أو لم يكن ' مبني على هذا القول . القول الثاني – عدم جواز **الإجبار** على التعمير لأنه لا يجبر الإنسان على إصلاح ملكه وذلك لو كانت طاحونة مشتركة بين اثنين واحتاجت للتعمير فرغب أحد الشريكين في تعميرها وامتنع الآخر عن التعمير فلا يجبره القاضي . انظر المادة (٢٥) وقد ذكر صاحب البحر في مبحث مسائل شتى في القضاء هذا القول وعزاه إلى أكثر الكتب الفقهية بالعبارة الآتية : (فلا إجبار على الآبي لأن الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه سواء كان دارا أو حماما أو حائطا) فعلى هذا القول لو كان صاحب الملك المشترك الغير القابل للقسمة راغبا في التعمير ومضطرا له فلا فائدة من مراجعة القاضي لأن القاضي لا يجبر الممتنع على التعمير فلذلك إذا عمر بدون أمر شريكه أو إذن القاضي فلا يكون متبرعا وله أخذ قيمته كما بين في المادة (١٣٠٨) . ويفهم من التفصيلات الآنفة أن المادة (١٣١٣) من المجلة هي مبنية على هذا القول فعلى

." (١)

"كما أن إجبار الشريك الآخر على صرف نقده بالإعمار خلاف رضائه ضرر أيضا للشريك الممتنع فلا يزال الضرر بمثله فلذلك لا يجبر الشريك الممتنع على التعمير . والدليل الآخر على عدم جواز **الإجبار** هو عدم جواز إجبار الإنسان على إصلاح ملكه (البحر في مسائل شتى في القضاء) . مستثنى – إن حكم المادة (١٣١٩) هو مستثنى من حكم هذه الفقرة ، ووجه الاستثناء قد ذكر في شرح المادة المذكورة (رد المحتار) . ولكن يسوغ أن يقسم جبرا إذا طلب ذلك الشخص القسمة أو طلبها الشريك الآخر . انظر المادة (١٣٣٩) . ويفعل ذلك الشخص بعد القسمة في حصته ما يشاء انظر المادة (١٦٢١) . (الحموي في كتاب القسمة) . – * * * * * * – المادة (١٣١٣) – (إذا احتاج الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة كالطاحون والحمام إلى العمارة وطلب أحد صاحبيه تعميره وامتنع شريكه فله أن يصرف قدرا معروفا من المال ويعمره بإذن القاضي ويكون مقدار ما أصاب حصة شريكه من مصاريف التعمير دينا عليه وله أن يؤجر ذلك الملك المشترك ويستوفي دينه هذا من أجرته وإذا عمر من غير إذن القاضي فلا ينظر إلى مقدار ما صرف ولكن له أن يستوفي المقدار الذي أصاب حصة شريكه من قيمة البناء وقت التعمير على الوجه المشروح) إذا احتاج الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة كالطاحون والحمام والقناة إلى العمارة كأن يخرب حوض ماء الحمام أو تفقد طاساته وطلب أحد صاحبيه تعميره وإكمال وإصلاح نواقصه وامتنع شريكه فلا يجبر الممتنع على التعمير بأمور كالضرب والحبس لأنه لا يجبر أحد على إصلاح ملكه كما أنه لا يزال ضرر بمثله بل لطالب التعمير أن يصرف قدرا معروفا من المال ويعمر بإذن القاضي ويكون مقدار ما أصاب حصة شريكه من مصاريف التعمير دينا له عليه . مثلا إذا كان ثلثا الحمام ملكا للشريك الممتنع وثلثه للشريك المعمر فيكون ثلثا مصاريف التعمير دينا لـلمعمر على الشريك الممتنع . قيل هنا ' قدرا معروفا ' فإذا كان القدر المعروف لتلك التعميرات ألف درهم مثلا وصرف الشريك ألفي درهم بإذن القاضي فله أن يأخذ ما يخص شريكه من الألف الدرهم القدر المعروف ولكن هل له أن يأخذ ما يزيد عن ذلك ؟ بما أنه لا صلاحية للقاضي أن يأذن بالصرف بأزيد من القدر المعروف كما ورد في المادة (٥٨) فالظاهر أن ليس للمعمر أن يأخذ المقدار الزائد عن القدر المعروف . فليحرر .

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣/٣٣٥

". (١)

" الاستدانة من نفسه أي بلا إذن من القاضي (أحكام الأوقاف) . – * * * * * – المادة (١٣٢٠) – (إذا كان حيوان مشتركا بين اثنين وأبى أحدهما إعاشته وراجع الآخر القاضي فيأمر القاضي الآبي بقوله : إما أن تبيع حصتك وإما أن تعيش الحيوان مشتركا) إذا كان حيوان مشتركا بين اثنين وأبى أحدهما إعاشته وراجع الآخر القاضي ليأمر شريكه بالإنفاق حتى لا يكون متبرعا بما ينفقه على الحيوان فيأمر القاضي الآبي إعاشة الحيوان على الإنفاق بقوله : إما أن تبيع حصتك لمن شئت بالثمن الذي تريده وإما أن تعيش الحيوان مشتركا . وإن يكن قد ذكر في المادة (٧٢٠١) أن ليس لأحد الشريكين أن يجبر شريكه بقوله : بعني حصتك أو اشتر حصتي ، إلا أن هذه المادة لا تنافي تلك المادة لأن الإجبار الوارد هنا ليس خاصا بالمشارك ولم يكن على البيع على الإطلاق بل الإجبار على أحد أمرين ومع أنه في المواد (١٣١٣ و ١٣١٤ و ٥١١٣) لا يجبر الشريك الممتنع عن الإنفاق على الإنفاق إلا أنه يجبر هنا ، والفرق هو أن الشريك الممتنع عن الإنفاق على الحيوان متصد لإتلاف حق شريكه فجاز الأمر والإجبار على الإنفاق (رد المحتار والهندية) وقد ذكر في شرح المادة (١١٩٢) أن لكل أن يتصرف في ملكه باختياره وأنه لا يجبر أحد من قبل على التصرف في ملكه إلا أنه إذا وجدت ضرورة على الإجبار على التصرف فيجوز الإجبار كما هو الحال في هذه المادة لأن الضرورات تبيح المحظورات حسب المادة (٢١) فإذا لم يصغ الشريك لأمر القاضي فللقاضي أن يأمر الشريك الذي يراجعه بالإنفاق على أن يرجع على شريكه بحصته من المصرف . والإنفاق على الزرع المشترك هو في حكم هذه المادة وذلك لو كان زرع مشتركا بين اثنين وأبى أحدهما الإنفاق عليه كأن يمتنع عن إسقائه فإذا راجع الآخر القاضي فيجبر القاضي الآبي على الإنفاق أما إذا صرف الشريك على ذلك الحيوان أو الزرع بدون إذن شريكه أو بدون أمر وإذن من القاضي فيكون متبرعا وليس له الرجوع على شريكه بحصته من المصرف ، انظر الأصل الثاني الوارد في شرح المادة (١٣٠٨) وإذا راجع أحد الشريكين القاضي للإنفاق على الزرع المشترك فالقاضي يأمر الشريك الآبي بالإنفاق كما هو الحال في المواد (١٣١٣ و ١٣١٤ و ١٣١٥) وإذا أبى وعاند الشريك المأمور في الإنفاق بعد الأمر فيأمر القاضي الشريك الراغب في الإنفاق بالصرف على أن يرجع على شريكه بحصته من المصرف وله الرجوع بعد الإنفاق على شريكه الممتنع بحصته من المصرف ، وإذا

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣/٣٣٩

". (١)

" الشرب ولا يجوز أن يشرك أصحاب حق الشفة في مئونة الكري والإصلاح) تطهير النهر المملوك المشترك أي الداخل في مقاسم على أصحابه أي على من له حق الشرب في ذلك النهر لأن منفعة النهر المذكور خاصة بهم فغرامته أيضا عليهم (الزيلعي) انظر مادة (٧٨) ولا يجوز أن يشترك أصحاب حق الشفة في مئونة الكري والإصلاح ، ويثبت عدم التشريك هذا على وجوه ثلاثة وذلك : ١ - تلحق المئونة المالك ولا تلحق من له الحق لطريق الإباحة كأصحاب حق الشفة ٢ - إن جميع العالم مشتركون في حق الشفة فتشريك قوم غير محصورين كهؤلاء في المئونة محال (رد المحتار) ٣ - إن أصحاب حق الشفة أتباع ، وأصحاب حق الشرب أصول فالمئونة تجب على الأصول ولا تجب على الأتباع (مجمع الأنهر) كذلك يجب تعمير الطريق على مالكي رقبتها وليس على الأتباع أي من لهم حق المرور انظر شرح المادة (١٣٢٧) - * * * * * - المادة (١٣٢٣) - (إذا طلب بعض أصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك وأبى البعض ينظر : فإذا كان النهر عاما فيجبر الآبي على الكري مع الآخرين وإذا كان النهر خاصا فالطالبون يكرون ذلك النهر بإذن القاضي ويمنعون الممتنع عن الكري عن الانتفاع من ذلك النهر حتى يؤدي مقدار ما أصاب حصته من النهر) إذا طلب بعض أصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك المملوك أي كريه وإصلاحه وأبى البعض التطهير ينظر : فإما أن يكون النهر المذكور عاما من وجه وخاصا من وجه آخر أو خاصا من كل وجه والنهر الذي يكون سببا للشفعة خاص من كل وجه والنهر الذي لا يكون سببا للشفعة عام من وجه فلذلك إذا كان النهر عاما فيجبر الآبي على الكري مع الآخرين بالاشتراك ولا يلزم بيت المال كريه لأن منفعته خاصة بأصحابه ولأن الغرم بالغنم (مجمع الأنهر) انظر المادة (٢٦) ويوضح تفريع هذه المسألة على المادة (٢٦) بالوجه الآتي : إن في ترك كري النهر العام ضررا على الشركاء فهو ضرر عام ، وإجبار الشريك الآبي على الكري ضرر خاص فلزم الضرر الخاص لدفع الضرر العام ومع ذلك فإذا أجبر الآبي على الكري فسينتفع مقابل عمله فلا يلحقه ضرر **بالإجبار** وعليه **فالإجبار** الواقع هنا أصبح فرعا للمادة (٢٠) باعتبار هذه الملاحظة (الزيلعي)

". (٢)

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٤٨/٣

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٥٠/٣

" إذا كان الوكيل بدون أجرة فلا يجبر على استيفاء ثمن المال الذي باعه ولا على تحصيله ولا على قبض المال الذي اشتراه ، ولا على المخاصمة بالعيب والرجوع بالثمن المستحق ؛ لأن هذا الوكيل متبرع ولا يجوز الإجبار على التبرع (البحر بزيادة) . وعليه لو باع الوكيل فرس موكله الذي في بغداد بالوكالة في البصرة معجلا فليس للموكل أن يجبره بقوله له : اذهب إلى البصرة وحصل ثمن الفرس الذي بعته (صرة الفتاوى) . حيث إن استيفاء الثمن والحقوق المذكورة حق للوكيل . وليس للموكل أن يتولى هذه الحقوق ، فإذا لم يحصل الوكيل برضاه الثمن وسائر حقوق العقد ولم يقم بها ، لزم الوكيل أن يوكل موكله بقبض وتحصيل الثمن وبالقيام بالحقوق الأخرى بقبض الثمن (الطحطاوي) . إذا وكل الوكيل موكله بقبض الثمن بحكم الحاكم فليس له عزله بعد . أما لو وكله برضاه بلا حكم الحاكم له عزله (التكملة ، الأنقروي) . ويستفاد من قوله (إذا لم يحصله برضاه) أنه لا يجبر على التوكيل إذا كان يريد تحصيله برضاه : فلو قال : الموكل وكلني أو أحلني حتى أقبض الثمن من المشتري . وقال : الوكيل أنا أقبضه . وتنازعا على هذه الصورة فلا يجبر الوكيل على توكيل موكله أو إحالته على المشتري ؛ لأن قبض الثمن من حقوق الوكيل (الهندية) . أما إذا كان الوكيل بالبيع بأجرة كالدلال والسمسار فيجبر على الاستيفاء والتحصيل من المشتري ؛ لأن هؤلاء ليسوا متبرعين . وبما أنهم يأخذون أجرة على عملهم ، وتحصيل الثمن من تمام العمل أيضا فهم مجبرون على تحصيل الثمن (البحر بزيادة) . وقد صرحوا في المضاربة بعد التفاسخ أنه إذا كان في المال ربح يجبر المضارب على تقاضي الديون وإلا فلا ، ويوكل رب المال بتقاضيه (تكملة رد المحتار) . – * * * * * – المادة (١٥٠٥) – (الوكيل بالبيع له أن يقيل البيع بنفسه ولكن لا تنفذ هذه الإقالة في حق موكله ويلزم على إعطاء الثمن للموكل) . للوكيل بالبيع أن يقيل البيع بنفسه قبل قبض ثمن المبيع . يعني ولو كان بلا إذن موكله ؛ لأن حقوق العقد عائدة إلى العاقد الذي هو الوكيل . لكن هذه الإقالة لا تنفذ في حق الموكل ويلزم الوكيل إعطاء ثمن المبيع لموكله ؛ لأن وكالة الوكيل تنتهي بناء على المادة (١٥٢٦) ببيعه المال . والإقالة بعدئذ هي في حكم بيع جديد بين المشتري والوكيل (الولوالجية ، والأنقروي) . كذلك إذا تقايل الموكل والمشتري البيع أيضا يصح . سؤال – للوكيل بالبيع الإقالة مع أنه ليس للوكيل بالشراء إقالة البيع بذاته كما هو مذكور في المادة (١٤٩٣) إن الدليل المذكور في شرح هذه المادة جار في المادة (١٤٩٣) والدليل المذكور في شرح المادة (١٤٩٣) المذكورة جار في هذه المادة وعليه يلزمه إيجاد فرق . فليتأمل في الجواب ، قيل (قبل ثمن المبيع) ؛ لأنه ليس للوكيل بالبيع إقارة البيع بعد قبض ثمن المبيع من المشتري ؛

". (١)

" أو عشرون رطلا فتقبل الدعوى ؛ لأن الوصف في المشار إليه لغو (الهندية) . انظر المادة (٥٦) وشرح المادة (١٦٢١) . - * * * * * - لو وصف المدعي المحدود بأنه لا يوجد فيه حائط أو شجر فظهر بعد الدعوى أشجار عظيمة فيه لا يمكن بحدوثها بعد الدعوى فلا تصح الدعوى . - * * * * * - تتمة - إذا تخاصم الزوجان في الدعاوى مدة مديدة فادعى الزوج بأن الزوجة قد أقرت بأن المدعى به ملكه أثناء الخصومة وفي حضور القاضي لا تسمع دعواه (الأنقروي عن القنية) . - * * * * * - المادة (١٦٣٠) - (يشترط أن يحكم ويلزم المدعى عليه بشيء في حالة ثبوت الدعوى مثلا لو أعار أحد آخر شيئا وظهر شخص آخر وادعى قائلا : أنا من ذويه فليعرني إياه لا تصح دعواه . كذلك لو وكل أحد آخر بخصوص ما فظهر شخص آخر وادعى بقوله : أنا جاره وبوكالته أنسب فلا تصح دعواه ؛ لأن لكل واحد أن يعير ماله من شاء وأن يوكل بأموره من يشاء وعليه فبتقدير ثبوت هذه الدعاوى وأمثالها لا يترتب في حق المدعى عليه حكم ما) . يشترط أن يحكم ويلزم المدعى عليه بشيء في حالة ثبوت الدعوى بأحد الحجج الثلاثة وهي : الإقرار والبينة والنكول عن اليمين وإلا تكون الدعوى والإثبات عبثا والعاقل لا يشتغل بالأمور التي هي عبث . - * * * * * - المسائل التي تتفرع عن ذلك : المسألة الأولى - مثلا لو أعار أحد آخر أجنبيا وظهر شخص آخر وادعى بقوله : أنا من ذوي المعير فليعرني ذلك الشيء لا تصح دعواه ؛ لأن الإعارة عبارة عن تمليك الغير المنافع المملوكة مجانا وهي من التبرعات ولا يجوز **الإجبار** على التبرعات وعلى التمليكات . وشرط صحة التمليكات أن تقع طوعا ورضاء . - * * * * * - المسألة الثانية - كذلك لو وكل أحد آخر بخصوص ما فظهر شخص آخر وادعى بقوله أنا جاره وبوكالته أنسب فليوكلني لا تصح دعواه لأنه كما هو مذكور في المادة (١٩٢ ١) أن لكل واحد أن يعير ماله من يشاء أو يوكل بأموره من يشاء ، وعليه فبتقدير ثبوت هذه إنك وأمثالها لا يترتب في حق المدعى عليه حكم ما . - * * * * * - المسألة الثالثة - لو ادعى المدعي قائلا : بأن هذا الرجل قد وكلني في الخصوص الفلاني في مواجهة المدعى عليه الحاضر المنكر لا تصح دعواه حيث إنه حسب المادة (١٥٢١) للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة . ففي حالة ثبوت دعواه لا يترتب عليها حكم ما (رد المحتار والهندية) . - * * * * * - المسألة الرابعة - لو ادعى المدعي قائلا إن هذا المدعى عليه يريد بيع ماله الفلاني لآخر فليبعه لي

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٣٥/٣

وسأدفع له ما يريد من الثمن فلا تسمع دعواه . - * * * * * - المسألة الخامسة - لو ادعى أحد الورثة بأن مورثهم قد اشترى الدار التي هي من التركة في مرض موته فدعواه غير صحيحة عند الإمام الأعظم . انظر المادة (٣٩٣) وشرحها (الهندية) . - * * * * * - المسألة السادسة لو ادعى المدعي قائلا إن فلانا قد وكلك بتسليم المتاع الذي اشتريته منه فسلمه لي فلا تسمع دعواه حتى لو أن المدعي أثبت وكالة المدعى عليه بذلك فلا يلزم المدعى عليه تسليمه ؛ لأنه

". (١)

" - ملحق في حق الشهادة على الشهادة المبحث الأول في بيان سبب تجويز الشهادة على الشهادة ١ - قد جوزت الشهادة على الشهادة استحسانا والقياس عدم الجواز ؛ لأن الشهادة عبادة بدنية يلزم على الأصل إيفاؤها ولا تجزي في ذلك النيابة ؛ ألا يرى أن الصلاة والعبادات الأخرى المفروضة على الإنسان لا يجوز لآخر أن يؤديها عن إنسان وليست الشهادة حقا للمشهود له ، ولهذا السبب لا تجري في ذلك الخصومة ولا يجوز **الإجبار** على الشهادة ، كما أن احتمال الكذب في الشهادة على الشهادة هو زائد ؛ لأن احتمال الكذب فيها هو في الأصول والفروع . أما وجه الاستحسان هو أنه إذا لم تجوز الشهادة على الشهادة خوفا من عجز الأصل عن أدائها لوفاته أو لوجوده في محل سفر بعيد يؤدي إلى ضياع الحقوق فلذلك قد جوزت شهادة الفروع وفروع الفروع إلى ما لا نهاية على الشهادة (الزيلعي) وحسب المادة (٢١) من المجلة (الضرورات تبيح المحذورات) إلا أنه لما كان في ذلك شبهة البدل فلا تقبل في الأمور الساقطة في الشبهات (الدرر) . المبحث الثاني في بيان شروط الشهادة على الشهادة وجودا وعدما ٢ - يشترط وجود عذر في وقت أداء الشهادة مانع لحضور الأصل مجلس القاضي ؛ لأن الشهادة فرض على الأصل ولا يسقط الفرض إلا بالعجز يعني أن الشهادة على الشهادة إنما تكون جائزة للضرورة والضرورة تتحقق عند وجود المانع (الولوالجية والزيلعي) . وهذا العذر هو عبارة عن الأمور الآتية : أولا : المرض يعني أن يكون الشاهد الأصل مريضا بصورة لا يكون معها قادرا على حضور مجلس القاضي .

". (٢)

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٨٣/٤

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٨٦/٤

" ويكفي في المسائل الخمس عشرة المذكورة إخبار عدل واحد (أبو السعود في الشهادة) . وكما يكون الترجمان رجلا يكون امرأة أيضا في المسائل والأحوال التي تقبل شهادة النساء فيها إلا أنه يجب عند الشيخين الحرية والعدالة والثقة فيها أما في المسائل التي لا تقبل فيها شهادة النساء فلا تقبل فيها ترجمتها الهندية وأبو السعود - * * * * * - المادة (١٨٢٦) - (يوصي ويخطر القاضي بالمصالحة الطرفين مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء أو بين الأجانب المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح فإن وافقا صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح وإن لم يوافقا أتم المحاكمة) يوصي ويخطر القاضي بالمصالحة الطرفين مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء والأقرباء هم الإخوة وبنو الأعمام أو بين الأجانب المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح ولا يستعجل بالحكم حتى أنه لو قضى القاضي بحق يكون ذلك سببا لحصول العداوة بين المدعي والمدعى عليه فتكون المصالحة أولى لدفع هذا المحذور (واقعات المفتين والعناية) مرة أو مرتين ويشار بذلك إلى أن القاضي لا يوصي الطرفين بالمصالحة أكثر من مرتين لأن في ذلك إضرارا بصاحب الحق العناية ' فإذا وافق على الصلح صالحهما القاضي توفيقا للمسائل الوارد ذكرها في كتاب الصلح . ويصدر الإعلام بالصلح وبتعبير آخر يقبل القاضي الصلح الذي تقرر بين الطرفين ويصدقه إذا كان موافقا لأحكام الشرع وأحكام المجلة أما إذا كان مخالفا فلا يقبله ولا يصدقه مثلا إذا ادعى المدعي عشرة دنانير مصالحة المدعى عليه على اثني عشر دينارا فلا يقبل القاضي هذا الصلح كما أنه إذا تصالح المدعي والمدعى عليه على دعوى عشرة دنانير على أن يفرغ المدعى عليه للمدعي أرضا أميرية فلا يقبل القاضي هذا الصلح قبل إذن صاحب الأرض بإجراء الفراغ المذكور ولا يصدق له وإذا لم يوافق الطرفان على الصلح أو لم يكن لهما رغبة في إجراء الصلح فلا يكلفهما الصلح بل يكمل المحاكمة وعليه أن يحكم لمن قامت الحجة له وليس للقاضي أن يترك دعوى الطرفين ويلح ويبرم عليهما بإجراء الصلح العناية ' لأنه يشترط في أمثال هذا الصلح رضاء وموافقة الطرفين لأن الصلح كما عرف في المادة (١٥٣١) هو عقد يرفع النزاع بين الطرفين بالتراضي فالصلح الذي يجري بإكراه غير معتبر . وقد ذكر في كتاب الإجارة في شرح المادة (٦٠٧) أن مشايخ المسلمين قالوا وافتوا أنه يجبر الطرفان على إجراء الصلح على نصف البدل في دعوى المال الذي تلف في يد الأجير المشترك إلا أن المجلة لم تقبل هذا الإجبار - * * * * * - المادة (١٨٢٧) - (بعد ما يتم القاضي المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظم إعلاما حاويا للحكم والبينة مع الأسباب الموجبة له فيعطيه للحكومة له ويعطي لدى الإيجاب نسخة منه للمحكوم عليه أيضا)

". (١)

" وقضية كل من العلتين عدم ثبوته في البيع الوارد على منفعة كحق الممر ظاهر كلامهم أو صريحه يخالفه قال القفال وطائفة ومحل الخلاف في إجارة العين أما إجارة الذمة فيثبت فيها الخيار قطعا كالسلم ذكره الأصل وقيل يثبت أيضا في الإجارة المقدرة بمدة وصححه النووي في تصحيح التنبيه والمشهور خلافه وإذا اشترى من يعتق عليه فالعتق موقوف سواء قلنا المالك موقوف أم لا حتى يتفرقا أو يختار اللزوم فيتبين أنه عتق من حين الشراء ويثبت الخيار في شراء الجمد ولو بشدة الحر بحيث ينماع بها لا في شراء العبد نفسه لأن مقصود العتق كالكتابة والترجيح فيها وفي التي قبلها بالنسبة للشراء في شدة الحر من زيادته وبه صرح في المجموع قال الزركشي في الثانية وهذا بالنسبة للعبد فقط لأنه من جهة السيد بيع ومن جهة العبد يشبه الفداء كما لو أقر بحريته ثم اشتراه يثبت الخيار للبائع دونه وفي الصورتين يتبعض خيار المجلس ابتداء ويثبت في قسمة الرد فقط أي دون قسمتي الإفراز والتعديل سواء جرتا بإجبار أم بتراض وسواء قلنا إنهما في حالة التراضي بيع أم لا لأنه لو امتنع منهما الشريك أجبر عليهما **والإجبار** ينافي الخيار قال الأذرعي وترجيح الشيخين ذلك على القول بأنهما بيع تبعا فيه ترجيح البغوي وغيره جزم به الماوردي والذي جزم به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي والدارمي وابن الصباغ والجرجاني والعمراني وغيرهم ثبوت الخيار ولو شرطا نفي خيار المجلس بطل البيع لأنه ينافي مقتضاه فأشبه ما لو شرط أن لا يسلم المبيع ولو قال لعبده إن بعتك فأنت حر فباعه عتق لأن عتق البائع في مدة الخيار نافذ بخلاف ما لو باعه بشرط نفي الخيار لا يعتق لعدم صحة البيع فصل وينقطع خيار المجلس إما بالتخاير من العاقدين نحو تخايرنا العقد أو اخترناه أو ألزمناه أو أمضيناه أو اخترنا إبطال الخيار أو إفساده فلو قال أحدهما لصاحبه اختر انقطع خيار القائل ولو لم يختر صاحبه لتضمنه الرضا باللزوم ولو اختار أحدهما لزومه سقط خياره وبقي خيار الآخر واحتمل تبعيض الخيار لوقوعه دواما والفسخ مقدم على الإجازة فلو فسخ أحدهما وأجاز الآخر قدم الفسخ وإن تأخر عن الإجازة لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها وتبايعها في العوضين ولو ربويين بعد القبض لهما بيعا ثانيا إجازة للأول لأنه رضي بلزومه ويصح الثاني ويثبت فيه الخيار ولو أجازا في الربوي وتفرقا قبل التقابض بطل العقد وقد سبق بيانه في الربا عبارة الأصل هنا ولو أجازا في عقد الصرف قبل التقابض فوجهان أحدهما تلغو الإجارة فيبقى الخيار والثاني يلزم العقد

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/٦٠٤

وعليهما التقابض فإن تفرقا قبله انفسخ العقد ولا يأثمان إن تفرقا عن تراض وإن انفرد أحدهما بالمفارقة أثم ورجح في المجموع الثاني

وإما بالتفرق بأبدانهما عن مجلس العقد للخبر السابق فلو أقاما فيه مدة أو تماشيا مراحل فهما على خيارهما وإن زادت المدة على ثلاثة أيام أو أعرضا عما يتعلق بالعقد ويحصل بأن يفارق أحدهما الآخر من المجلس ولو ناسيا أو جاهلا وإن استمر الآخر فيه لأن التفرق لا يتبعض بخلاف التخاير وكان ابن عمر راوي الخبر إذا ابتاع شيئا فارق صاحبه رواه البخاري وروى مسلم قام يمشي هنية ثم رجع وعليه يحمل ما رواه الترمذي أنه إذا ابتاع شيئا وهو قاعد قام ليجب له وقضية ذلك حل الفراق خشية أن يستقيله صاحبه وهو مشكل بما رواه الترمذي وحسنه أنه صلى الله عليه وسلم قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله وقد يجاب بحمل الحل في الخبر على الإباحة المستوية الطرفين ويعتبر في التفرق العرف فإن

". (١)

" مسافة القصر حجر عليه فيه أي في المبيع وفي جميع أمواله وإن كانت وافية بديونه إلى أن يسلم الثمن لئلا يتصرف فيه بما يبطل حق البائع وهذا يسمى بالحجر الغريب قال السبكي والفرق بينه وبين حجر الفلس حيث اعتبر فيه نقص ماله مع المبيع عن الوفاء أن المفلس سلطه البائع على المبيع باختياره ورضي بذمته بخلافه هنا كذا قاله القاضي أبو الطيب وغيره وفيه أن مسألتنا مصورة بما إذا سلم بإجبار الحاكم حتى لو سلم متبرعا لم يجز الفسخ إذا وفى المبيع بالثمن ومقتضى كلام الإمام والرافعي الإطلاق انتهى هذا إن لم يكن محجورا عليه بفلس وإلا لم يحجر عليه أيضا هذا الحجر لعدم الحاجة إليه لكن البائع في هذه يرجع في عين ماله بشرط فلا يكون من هذا الباب وألزم المشتري مع الحجر عليه التسليم للثمن والتصريح بهذا من زيادته

وهذا حجر يخالف حجر الفلس من حيث إنه لا يرجع فيه إلى العين أي عين المبيع ولا يتوقف على ضيق المال عن الوفاء ولا على سؤال الغريم قال الإسنوي ومقتضى كلام الأكثرين أن الحجر لا ينفك بمجرد التسليم بل لا بد من فك القاضي كما في حجر الفلس ووافقه عليه جماعة لكن جزم البلقيني كالإمام بخلافه فإن كان المشتري معسرا بأن لا يكون له مال غير المبيع يمكنه الوفاء منه سواء كان المبيع أكثر من الثمن

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤٨/٢

أم لا وحجر عليه فسخ البائع البيع وأخذ المبيع وكذا لو كان ماله على مسافة القصر وحجر عليه لتعذر تحصيل الثمن ولا يكلف الصبر إلى إحضاره لتضرره بتأخير حقه فإن صبر فالحجر باق بحاله واختلاف المكري والمستأجر في الابتداء بالتسليم كذلك أي كاختلاف البائع والمشتري في ذلك وما قيل من أن اختلاف المسلم والمسلم إليه كذلك مردود بأن **الإجبار** إنما يكون بعد اللزوم كما مر والسلم إنما يلزم بعد قبض رأس المال و التفرق من المجلس وليس له أي للبائع الحبس بمؤجل حل قبل التسليم لرضاه بتأخيره أولا وما قيل من أن الشافعي نص على أن له الحبس كما نقله القاضي أبو الطيب عن حكاية المزني رد بأنه إنما هو تخريج للمزني كما صرح به أبو الطيب نفسه

وحكاه عنه الروياني ثم قال وكم من تخريج للمزني رده الأئمة وجعلوا المذهب خلافه ولا شك أن الجمهور على خلافه ولا يطالب المشتري برهن ولا كفيل وإن كان غريبا ولا استرداده أي المبيع إن سلمه للمشتري متبرعا ولو عارية لسقوط حقه بالتسليم قال الزركشي والمراد من العارية نقل اليد كما قالوا في إعارة المرتهن الرهن للراهن وإلا فكيف تصح الإعارة من غير مالك وقال غيره صورتها أن يؤجر عينا ويبيعها لغيره ثم يكتريها من المكتري ويعيرها للمشتري قبل القبض إلا إن أودعه له فله استرداده إذ ليس له في الإيداع تسليط بخلاف الإعارة وتلفه في يد المشتري بعد الإيداع كتلفه في يد البائع قاله القاضي أبو الطيب في الشفعة وله الاسترداد أيضا فيما إذا خرج الثمن زيوفا ذكره ابن الرفعة وغيره وإن اشترى بوكالة اثنين شيئا ووفى نصف الثمن عن أحدهما فللبائع الحبس حتى يستوفي الكل بناء على أن الاعتبار بالعاقد أو باع لهما أي منهما ولكل منهما نصف فأعطى أحدهما البائع النصف من الثمن سلم إليه البائع حصته من المبيع لأنه سلمه جميع ما عليه وهو مبني على أن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري وهذه غير التي في الأصل وكأنه أبدلها بهذه لأنه لا يرى بما نقله الأصل فيها مع أنه يمكن تقرير كلامهم بها وعبارة الرافعي فيها ولو باع بوكالة اثنين فإذا أخذ نصيب أحدهما من الثمن

---

(١) ".

" حبس كل المرهون إلى البراءة من كل الدين أو فدى حصته من التركة بقضاء نصيبه من الدين المتعلق بها انفك نصيبه منها كما نقله الأصل عن الإمام بناء على الأصح من أنه لو أقر بدين على مورثه وأنكره الباقون لا يلزم بأداء كل الدين من نصيبه بل يقتصر على وفاء حصته من الدين وأيضا فإن تعلق الدين

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/٩٠

بالتركة أما كتعلق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن أو كتعلق الأرش بالجاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه ينقطع التعلق عنه قال في الأصل وإنما يظهر انفكاك نصيبه إذا كان ابتداء التعلق مع ابتداء تعلق الملاك أما إذا كان الموت مسبوقا بالمرض فيكون التعلق سابقا على ملك الورثة فإن للدين أثرا بينا في الحجر على المريض فيشبه أن يكون كما لو رهنه المورث زاد النووي هذا خلاف مقتضى إطلاق الإمام والغزالي والظاهر أن المسألة على إطلاقها فإنه ليس للرهن وجود فيما إذا لم يرهن التركة ولكنه مات عن دين وللقونوي اعتراض على النووي ذكرته مع جوابه في شرح البهجة

فرع لو مات المرتهن عن ابنين فوفى الراهن لأحدهما نصف الدين قال ابن الرفعة يظهر أنه ينفك نصيبه وأطال في بيانه ونازعه السبكي وأطال في الرد ثم ذكر ما حاصله أنه لا ينفك نصيبه كما لو وفى مورثه بعض دينه وما قاله أوجه وأوفق بما مر فيما إذا مات الراهن عن ابنين فإن أراد الراهنان المالكان للمرهون أو من انفك نصيبه منهما قسمة مستوي الأجزاء كالمكيل والموزون جاز تعاطيها وتعينت الإجابة لطالبها على الشريك الآخر وإن لم ينقسم ما رهن بالأجزاء كالثياب والعبيد المختلفة نوعا وقيمة كما لو رهنا عبدين مشتركين وانفك الرهن عن نصف كل منهما فأراد من انفك نصيبه أن ينفرد بعبد وينحصر الرهن في عبد لم تلزم الإجابة وإن كان أرضا مختلفة الأجزاء كالدار وطلب من انفك نصيبه القسمة لزم الشريك الإجابة بناء على الإجبار في قسمة التعديل وللمرتهن الامتناع لضرر التشقيص بالقسمة حتى لو رهن واحد من اثنين وقضى نصيب أحدهما ثم أراد القسمة ليمتاز ما بقي فيه الرهن اشترط رضا الآخر فإن قاسم المرتهن وكان بإذن المالك أو بإذن الحاكم عند امتناع المالك جاز وإلا فلا الباب الرابع في الاختلاف بين المتعاقدين وإن اختلفا في الرهن أكان أي أوجد أم لا أم يعني أو هو هذا العبد أم الثوب أو الأرض بالأشجار أو دونها أو بألف أو ألفين ولا بينة صدق المالك بيمينه لأن الأصل عدم رهن ما ادعاه المرتهن فإن قال المالك لم تكن الأشجار موجودة عند العقد بل أحدثتها فإن لم يتصور حدوثها بعده فهو كاذب وطولب بجواب الدعوى فإن أصر على إنكار الوجود لها عند العقد جعل ناكلا وحلف المرتهن وإن لم يصر عليه واعترف بوجودها وأنكر رهنها قبلنا منه إنكاره لجواز صدقه في نفي الرهن وإن كان قد بان كذبه في الدعوى الأولى وهي نفي الوجود أما إذا تصور حدوثها بعد العقد فإن لم يمكن وجودها عنده صدق بلا يمين وإن أمكن وجودها وعدمه عنده فالقول قوله بيمينه لما مر فإن حلف فهي كالأشجار الحادثة بعد الرهن في القلع وسائر الأحكام وقد مر بيانها هذا إن كان رهن تبرع

". (١)

" إشكال يعرف مما مر في تفريق الصفقة فيما إذا باعا عبديهما بثمن واحد فإن الأظهر البطلان انتهى ويجاب بأن ما في الأرض تابع لها لأنها مقره ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في الأصل مع أن الحاجة داعية إلى بيع مال المفلس في الجملة وإذا امتنع من بيعها معهم فباعوا ما فيها ثبت للمشتري منهم الخياران جهل حال ما اشتراه

وإن اشترى الأرض من رجل والغراس من آخر وغرسه فيها فلكل من البائعين الرجوع فيما باعه فإن رجعا وأراد صاحب الغراس القلع مكن منه وكذا إن أراده صاحب الأرض وضمن أرش النقص فإن قلع صاحب الغراس فعليه تسوية حفر الأرض وأرش نقصها إن نقصت أو قلع صاحب الأرض ضمن أرش نقص الغراس إن نقص فإن أراد القلع مجانا فهل يجاب إليه لأن صاحب الغراس باعه منفردا فيأخذه كذلك أو لا يجاب لأنه غرس محترم كغرس المفلس فيه وجهان أصحهما كما قال الأذرعي وغيره الثاني وبه جزم الشاشي والدارمي والقياس أن يقال بمثله في صاحب الغراس وقد يجاب بأن ذاك مالك للغراس فله قلعه وإن قال اقلعه مجانا فإذا قلعه ضمن الأرش إن حصل نقص بخلاف صاحب الأرض فإنه ليس مالكا له فلا يمكن من القلع إذا قال أقلع مجانا قال الماوردي ولو امتنع صاحب الغراس من قلعه وبذل صاحب الأرض قيمته قائما لم يكن لصاحب الغراس إقراره بل يتخير بين قلعه وأخذ القيمة ولو امتنع صاحب الأرض من بذل القيمة وصاحب الغراس من القلع فإن رضي صاحب الأرض بإقراره كان مقرا له بأجرة مثله ما بقي في أرضه فصل له أي للبائع بعد الفسخ الرجوع في قدر المبيع من مثلي كزيت خلط بمثله وبأردأ منه أي بهما معا أو بأحدهما لبقائه في ملك المفلس بغير تعلق حق لازم به ويكون في صورة الأردأ مسامحا بعيبه كعيب العبد ونحوه لا إن خلط بشيء أجود منه فليس له الرجوع فيه لتعذر الرجوع في عينه مع تضرر المفلس فتتعين المضاربة بالثمن نعم إذا قل الأجود بحيث لا يظهر به زيادة في الحس ويقع مثله بين الكيلين قال الإمام فالوجه القطع بالرجوع ذكره الأصل ولا رجوع له في ما خلط بغير جنسه مثل زيت خلط بشيرج لعدم جواز القسمة لانتفاء التماثل فهو كالتالف وله الإجبار على قسمة ما رجع فيه مع ما خلط به كالمشترك المثلي لا على بيعه كما لا يجبر الشريك على البيع فصل وإن اشترى حنطة فطحنه، أو ثوبا فقصره أو خاطه بخيوط منه أو بخيوط اشتراها معه ثم حجر عليه فللبائع الرجوع فيما باعه ولا شيء له معه إن نقصت القيمة أي قيمته بالطحن أو القصر أو الخياطة عن قيمته قبله كما في رجوعه فيما خلط بالأردأ أو ساوت ها لأن

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ١٧٧/٢

المبيع موجود بلا زيادة ولا شيء للمفلس وإن زادت عليها فالمفلس شريك بالزيادة إلحاقا لها بالعين لأنها زيادة بفعل محترم متقوم بخلاف الغاصب ويفارق سمن الدابة بالعلف وكبر الودي بالسقي بأن القصار مثلا إذا قصر صار الثوب مقصورا والعلف والسقي يوجدان كثيرا ولا يحصل السمن والكبر فكان الأثر فيه غير منسوب إلى فعله بل هو محض صنع الله تعالى ولهذا يمتنع الاستئجار لتسمين الدابة وتكبير الودي بخلافه للقصارة ونحوها وكذا يكون المفلس شريكا بالزيادة لو اشترى دقيقا فخبزه أو لحما فشواه أو شاة فذبحها أو أرضا فضرب من ترابها لبنا أو عرصة وآلات البناء فبنى بها دارا أو علم العبد القرآن والحرفة ككتابة وشعر مباح ورياضة دابة والضابط لذلك أن كل صنعة يجوز الاستئجار عليها ويظهر لها أثر تعد عينا لا أثرا فلا أثر لسياسة الدواب وحفظها في مشاركة المفلس لأنه وإن صح الاستئجار لهما لا يظهر لهما أثر فيها وإذا عدا لأثر المذكور عينا فإن كانت قيمة الثوب غير مقصور خمسة ومقصورا ستة رجع المفلس بسدس الثمن فإن ارتفع السوق بقيمة أحدهما أي الثوب والقصارة اختص الأخذ بالزيادة أو بهما أي بقيمتهما فبالنسبة تكون الزيادة بينهما وهذا يأتي في الفرع الآتي أيضا ولو قال فإن ارتفعت أو انخفضت قيمة أحدهما بالسوق اختص بالزيادة أو النقص أو قيمتهما فبالنسبة كان أولى وأوفق بكلام الأصل وللأجير على القصارة ونحوها حق الحبس للثوب المقصور ونحوه بوضعه عند عدل ليستوفي

". (١)

" بالأجرة سواء أفسخ أم لا قلت إذا لم يفسخ فهو مقصر فسقط حقه إما من الحبس والرهنية أو من الرهنية فقط وبقي حق الحبس كما هو في حق حبس المبيع ولا يزيد حق القصار بزيادة راغب بخلاف صاحب الصبغ يزيد حقه بزيادته لأن الصبغ مستحق للصباغ بخلاف القصارة فإنها غير مستحقة للقصار وإنما هي مرهونة بحقه فلا يستوفي منها زيادة على ما رهن بها وهو الأجرة فلو رغب راغب في مثالنا المساوي فيه الثوب مصبوغا أو مقصورا خمسة عشر فاشتراه بثلاثين فلصاحب الثوب عشرون وللصبغ في صورته درهمان أو القصارة في صورتها درهم وثمانية للمفلس في الأولى أو تسعة في الثانية لما مر آنفا ولو قال الغرماء للقصار أو الصباغ نقدمك بالأجرة ودعنا نكن شركاء صاحب الثوب لم يجبر صوابه أجبر على القبول

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢٠٣/٢

وعبارة الروضة أجبر على الأصح كالبائع إذا قدمه الغرماء بالثمن واعترضه الإسنوي وغيره بما تقدم من ترجيح جواز الفسخ عند تقديمهم بالثمن وبأن الرافعي لم يذكر قوله كالبائع إلى آخره تعليلا للإجبار بل لمقابله ورجح **الإجبار** بناء على أن القصارة مملوكة للمفلس مرهونة بحق الأجير والمرتهن ليس له أن يمسك المرهون بعد أداء حقه فصواب العبارة أن يزيد في الروضة بعد قوله على الأصح والثاني لا كالبائع إلى آخره انتهى وعلى الصحيح من أن القصار يجبر دون البائع يفرق بأن حق القصار متعلق بالعين تعلق الرهن فإذا أدى حقه زال تعلقه بها فأجبر بخلاف حق البائع وما أجيب به عن اعتراض الإسنوي من أن ما هنا إنما هو فيما إذا قال الغرماء في المقيس والمقيس عليه نقدمك من مالنا ليس بشيء فصل وإن أخفى رجل مديون ماله أي بعضه كما عبر به الأصل ونقص الموجود عن دينه فحجر عليه ورجع البائع في عين ماله وتصرف القاضي في باقي ماله ببيعه وقسمة ثمنه بين غرمائه ثم بان أنه لا يجوز الحجر عليه لم ينقض تصرفه إذ للقاضي بيع مال الممتنع من أداء دينه وصرفه في دينه ورجوع البائع في العين المبيعة لامتناع المشتري من أداء الثمن مختلف فيه وقد حكم به القاضي معتقد نفوذه أي الحاكم أي جوازه بخلاف ما إذا لم يعتقد ذلك فينقض تصرفه وهذا التقييد من تفقه الشيخين فإنهما قالا فإذا حكم به القاضي نفذ كذا في التتمة وفيه توقف لأن القاضي ربما لا يعتقد جواز ذلك انتهى وسيأتي في الشهادات قبل الباب الثاني ما يؤيد التوقف فالمعتمد التقييد

كتاب الحجر هو لغة المنع وشرعا المنع من التصرفات المالية والأصل فيه قوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح الآية وقوله فإن كان الذي عليه الحق سفيها الآية والسفيه المبذر والضعيف الصبي والذي لا يستطيع أن يمل المغلوب على عقله والحجر نوعان نوع شرع لمصلحة الغير كالحجر على المفلس للغرماء والراهن للمرتهن في المرهون والمريض للورثة في ثلثي ماله والعبد لسيده والمكاتب لسيده ولله تعالى والمرتد للمسلمين ولها أبواب تقدم بعضها وبعضها يأتي ونوع شرع لمصلحة المحجور عليه وهو ثلاثة حجر الجنون والصبا والسفه وكل منها

". (١)

" ذلك مما لا يضايق فيه عادة لأنه لا ضرر فيه ولو منع منه لأنه عناد محض وهكذا جدار الغير له ذلك فيه وإن منع منه لما ذكر وهو كالاستضاءة بسراج غيره والاستظلال بجداره ولهما أي الشريكين قسمته

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/٢٠٥

عرضا في كمال الطول وعكسه أي قسمته طولا في كمال العرض بالتراضي لا بالجبر فلو طلبها أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر لاقتضاء الإجبار القرعة وهي ممتنعة هنا لأنها ربما أخرجت لكل منهما ما يضر الآخر في انتفاعه بملكه فقوله من زيادته فقط تأكيد لما قبله والارتفاع للجدار من الأرض سمك بفتح السين والنزول منه إليها عمق بضم المهملة لا طول وعرض له بل طوله امتداده من زاوية البيت إلى زاويته الأخرى مثلا وعرضه هو البعد النافذ من أحد وجهيه إلى الآخر وكيف يقسم الجدار هل يشق بالمنشار أو يعلم بعلامة كخط فيه وجهان الظاهر جواز كل منهما ولا نظر في الأول إلى أن شق الجدار إتلاف له وتضييع لأنهما يباشران القسمة لأنفسهما فهو كما لو هدماه واقتسما النقض ويجبر على قسمة عرضه أي الجدار قبل بنائه أو بعد هدمه إذا طلبها منه شريكه ولو كانت عرضا في كمال طول ليختص كل منهما فيما إذا اقتسما عرضا في كمال الطول بما يليه فلا يقتسمان فيه بالقرعة لئلا يخرج بها لكل منهما ما يلي الآخر بخلاف ما إذا اقتسما طولا في كمال العرض وقوله ليختص كل بما يليه من زيادته وفارق ما ذكر في عرصة الجدار ما مر فيه بأنها مستوية ويتيسر قسمتها غالبا بخلاف الجدار

فصل لو هدمه أي الجدار المشترك بين اثنين أحدهما بغير إذن الآخر لاستهدامه أو لغيره وفي نسخة لو هدمه أحد لزمه الأرش أي أرش النقص لا إعادة البناء لأن الجدار ليس مثليا وعليه نص الشافعي في البويطي وإن نص في غيره على لزوم الإعادة والترجيح من زيادته هنا ولا إجبار على إعادة الجدار المشترك بين الملكين وفي نسخة المالكين ولا على إعادة البيت المشترك إذا انهدم كل منهما ولو بهدم الشريكين له لاستهدامه أو لغيره كما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة ولأن الممتنع يتضرر أيضا بتكليفه العمارة نعم يجبر في الأرض على إجارتها على الصحيح وبها يندفع الضرر وذكر البيت من زيادته قال في الأصل ويجري ذلك في النهر والقناة والبئر المشتركة واتخاذ سترة بين سطحيهما وإصلاح دولاب بينهما تشعث إذا امتنع أحدهما من التنقية أو العمارة ولا على سقي النبات من شجر وغيره وهذا من زيادته وبه صرح القاضي وغيره وصرح الجوري بأنه يجبر عليه اتفاقا ونقل في المطلب المقالتين قال الأذرعي والأوفق بكلامهم في أواخر النفقات كلام القاضي ولا على إعادة السفل استقلالا أو معاونة لصاحب العلو أي لينتفع به فلو كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر وانهدمت فليس للأول إجبار الثاني على إعادة السفل ولا للثاني إجبار الأول على معاونته في إعادته والسفل والعلو بضم أولهما وكسره

بل انتقالية لا إبطالية للشريك في الجدار المشترك بين الملكين بناؤه بماله أي بآلته فليس للآخر منعه لأن له غرضا في وصوله إلى حقه بخلاف بنائه بآلة الآخر أو بالآلة المشتركة ثم ما أعاده بآلته ملكه

يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء إلا أن يكون للآخر عليه قبل ذلك بناء كما سيأتي في كلامه قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ فإن قيل أساس الجدار بينهما فكيف جوزتم له بناءه بآلته وأن ينفرد بالانتفاع به يغير إذن شريكه قلنا لأن له حقا في الحمل عليه

". (١)

" الكل بيننا شاركه فيه وإلا أي وإن لم يعترف المقر له بذلك بل اقتصر على دعوى النصف أخذ الجميع إن صدق المقر بعد الإقرار بالكل ولا يضر اقتصاره على دعوى النصف أولا فلعله إنما ادعاه لكون البينة لا تساعده على غيره أو يخاف الجحود الكلي وإنما اعتبر تصديق المقر له المقر هنا مع أنه سيأتي في الإقرار أنه لا يعتبر فيه إلا عدم تكذيبه له لأن دعواه مع الآخر تقتضي أنه لا يستحق إلا النصف فاعتبر تصديقه لرفع ذلك وإن لم يصدقه في النصف الآخر بل أقر به لصاحبه أخذه صاحبه لتعينه له بإسقاط الآخرين حقهما مع أن الحق لا يعدوهم وإن لم يقر له أي لصاحبه أيضا به وقف النصف في يد المدعى عليه كما سيأتي بيانه في الإقرار

وإن تداعيا جدارا بينهما أي بين ملكيهما وهو متصل بجدار أحدهما اتصالا لا يمكن إحداثه بعد بناء جداره بأن اتصل به اتصال تداخل لنصف لبنات لكل منهما في الآخر في جميع السمك المشترك بينهما أو كان له عليه أزج بفتح الهمزة والزاي وبالجيم أي عقد قد أميل من أصله قليلا قليلا أو بنى الجدار الذي بينهما على خشبة طرفها في ملكه أي ملك أحدهما فاليد له عليه وعلى الخشبة المذكورة لظهور أمارة الملك بذلك فيحلف ويحكم له بالملك إلا أن تقوم بينة بخلافه ولو كان الجدار مبنيا على تربيع أحد الملكين زائدا أو ناقصا بالنسبة إلى ملك الآخر فهو كالمتصل بجدار أحدهما اتصالا لا يمكن إحداثه ذكره صاحب التنبيه وأقره عليه النووي في تصحيحه وإلا أي وإن لم يتصل به كما ذكر بأن كان منفصلا عن جداريهما أو متصلا بهما اتصالا يمكن إحداثه أو لا يمكن أو متصلا بأحدهما اتصالا لا يمكن إحداثه بأن وجد الاتصال في بعضه أو أميل الأزج الذي عليه بعد ارتفاعه أو بنى الجدار على خشبة طرفاها في ملكيهما فلهما اليد عليه لعدم المرجح فقوله

ولو اتصل بجداريهما فهو في يدهما وكذا إن لم يتصل تصريح بما علم ولعلهما نسختان جمع بينهما فإن أقام أحدهما بينة قضي له به وإلا حلف كل منهما للآخر على النصف الذي يسلم له فإن حلفا أو

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/٢٢٤

نكلا جعل الجدار بينهما بظاهر اليد وإن حلف من ابتدئ بيمينه ونكل الآخر حلف الأول اليمين المردودة وقضي له بالكل وإن نكل الأول ورغب الثاني في اليمين فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادعاه الأول ويمين الإثبات للنصف الذي ادعاه هو فيكفيه يمين واحدة يجمع فيها النفي والإثبات كما يعلم ذلك في الدعاوى والبينات ولا ترجيح بالنقش بظاهر الجدار كالصورة والكتابات المتخذة من جص أو آجر أو غيره والطاقات والمحاريب التي بباطنه والجذوع وتوجيه البناء أي جعل أحد جانبيه وجها كأن يبنى بلبنات مقطعة وتجعل الأطراف الصحاح إلى جانب وموضع الكسر إلى جانب ومعاقد القمط بكسر القاف وإسكان الميم وبضمهما لكنه بضمهما جمع قماط والمراد به معنى القمط وهو حبل رقيق يشد به الجريد ونحوه وإنما لم يرجح بهذه الأشياء لأن كون الجدار بين الملكين علامة قوية في الاشتراك فلا يغير بأسباب ضعيفة معظم القصد بها الزينة كالتحصيص والتزويق ولأن الجذوع تشبه الأمتعة فيما لو تنازع اثنان دارا بيدهما ولأحدهما فيها أمتعة فإذا حلفا بقيت الجذوع بحالها لاحتمال أنها وضعت بحق من إعارة أو إجارة أو بيع أو قضاء قاض يرى **الإجبار** على الوضع والذي ينزل عليه منها الإعارة لأنها أضعف الأسباب فلمالك الجدار قلع الجذوع بالأرش أو الإبقاء بالأجرة وإن تنازع صاحب العلو والسفل في سقف لا يمكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو فاليد للأسفل عليه وإلا أي وإن أمكن إحداثه بأن يكون السقف عاليا فينقب وسط الجدار وتوضع رأس الجذوع في النقب فلهما اليد عليه لما مر في الجدار أو تنازعا في الدهليز أو العرصة فمن الباب إلى المرقى مشترك بينهما لأن لكل منهما يدا وتصرفا بالاستطراق ووضع الأمتعة وغيرها والباقي للأسفل لاختصاصه به يدا وتصرفا والسلم الكائن في المرقى أي موضع الرقي للأعلى ولو لم يسمر لعود منفعته إليه وما قاله فيما إذا لم يسمر هو ما نقله ابن

". (١)

" تزويج البكر بمهر مثلها من نقد البلد من كفء لها موسر بالمهر مطلقا أي سواء أكانت صغيرة أم كبيرة بغير إذنها لخبر الدارقطني الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يزوجها أبوها ورواية مسلم والبكر يستأمرها أبوها حملت على الندب ولأنها لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء أما إذا كان بينه وبينها عداوة ظاهرة فليس له تزويجها إلا بإذنها بخلاف غير الظاهرة لأن الولي يحتاط لموليته لخوف العار ولغيره وعليه يحمل إطلاق الماوردي والروياني الجواز

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/٢٢٩

قال الشيخ ولي الدين العراقي وينبغي أن يعتبر في الإجبار أيضا انتفاء العداوة بينها وبين الزوج انتهى وإنما لم يعتبر ظهور العداوة هنا كما اعتبر ثم لظهور الفرق بين الزوج والولي المجبر بل قد يقال لا حاجة إلى ما قاله لأن انتفاء العداوة بينها وبين الولي يقتضي أن لا يزوجها إلا ممن يحصل لها منه حظ ومصلحة لشفقته عليها أما مجرد كراهتها له فلا يؤثر لكن يكره لوليها أن يزوجها منه كما نص عليه في الأم

لا الثيب وإن عادت بكارتها فلا يزوجها الأب والجد إلا بإذنها بالنطق للخبر السابق ولأنها مارست الرجل بالوطء بالغة فلا يزوج الصغيرة الثيب حتى تبلغ لعدم اعتبار إذنها إلا أن تكون مجنونة فله تزويجها قبل البلوغ للمصلحة كما سيأتي ولا أثر لزوال البكارة إلا بوطء في القبل ولو زنا ونائمة ومجنونة ومكرهة بخلاف زوالها بغير الوطء في القبل كسقطة وأصبع وحدة طمث ووطء في الدبر لأنها لم تمارس الرجال الوطء في محل البكارة وهي على غباوتها وحيائها فهي كالأبكار ووقع للنووي في شرح مسلم ما يخالفه وقضية كلام المصنف كأصله أن البكر لو وطئت في قبلها ولم تزل بكارتها بأن كانت غوراء وهي التي بكارتها داخل الفرج حكمها كسائر الأبكار وهو كنظيره الآتي في التحليل على ما يأتي فيه وقضية تعليلهم خلافه لأنها مارست الرجال بالوطء فرع لو التمست البكر البالغة العاقلة لا الصغيرة التزويج من الأب مثلا بكفء خطبها كما في الأصل وعينته بشخصه أو نوعه حتى لو خطبها أكفاء فالتمست منه التزويج بأحدهم لزمه الإجابة تحصينا لها كما يجب إطعام الطفل إذا استطعم فإن امتنع أثم وزوجها السلطان كما سيأتي فلو زوجها الأب بكفء غيره ولو دونه صح لأنها مجبرة فليس لها اختيار الأزواج وهو أكمل نظرا منها بخلاف غير المجبر لا يزوجها إلا ممن عينته لأن إذنها شرط في أصل تزويجها فاعتبر معينها

ولو عضلها بأن امتنع من تزويجها ممن عينته فزوجت نفسها به ثم زوجها بغيره بلا إذن قبل وطئه أو وطء غيره لها في قبلها وكان الأولى أن يقول قبل إزالة بكارتها أو قبل حكم حاكم بصحته أي بصحة نكاحها بنفسها صح إنكاحه وإن كان بعدهما أو بعد أحدهما لم يصح إلا إذا أذنت له فيه ولم يحكم بالصحة ويستحب أن لا يزوجها أي البكر حتى تبلغ وتأذن وفي نسخة وتستأذن وبذلك علم أنه يستحب استئذان البالغة وبه صرح الأصل هذا إذا لم تكن مصلحة ظاهرة وإلا فيستحب تزويجها لئلا تفوت المصلحة ولخبر عائشة رضي الله عنها في الصحيحين ذكره النووي في شرح مسلم وأن تستفهم المراهقة بأن ينظر ما في نفسها والمخلوقة ثيبا أي بلا بكارة بكر فلها حكم سائر الأبكار

وتصدق المرأة البالغة في دعوى البكارة بلا يمين ولا يكشف حالها لأنها أعلم به وكذا في دعوى الثيوبة قبل العقد وإن لم تتزوج ولا تسأل عن الوطء الذي صارت به ثيبا وقضية كلامه أن قوله من زيادته بلا

يمين قيد في تصديقها في دعوى الثيوبة أيضا وفيه نظر لاقتضائه إبطال حق وليها من **الإجبار** فيما إذا أراد أن يزوجها بغير إذنها نطقا وخرج بقوله من زيادته قبل العقد دعواها الثيوبة بعده وقد زوجها بغير إذنها نطقا فإنه المصدق بيمينه

". (١)

" عربي وأمها عجمية ومن ولدته رقيقة كفؤ لمن ولدته حرة لأنه يتبع الأب في النسب ولا يكافئ من أسلم أو أسلم أحد آباؤه الأقربين أعرق أي أقدم منه في الإسلام فمن أسلم بنفسه ليس كفؤا لمن لها أب أو أكثر في الإسلام ومن له أبوان في الإسلام ليس كفؤا لمن لها ثلاثة آباء فيه والفاسق والمبتدع ليس بكفء للعفيفة والسنية قال تعالى أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وفي كلام المصنف لف ونشر مرتب ومن لا يشهر بالصلاح كفء للمشهورة به اكتفاء بمطلق الصلاح وفي الحرف لا يكافئ الكناس والحجام وقيم الحمام والحارس والراعي ونحوهم بنت الخياط والخياط لا يكافئ بنت البزاز والتاجر ولا يكافئ المحترف بنت القاضي والعالم نظرا للعرف ولقوله تعالى والله فضل بعضكم على بعض في الرزق أي في سببه فبعضهم يصل إليه ببذل ومشقة وبعضهم بدونهما قال في الأصل

وذكر في الحلية أنه تراعى العادة في الحرف والصنائع فإن الزراعة في بعض البلاد أولى من التجارة وفي بعضها بالعكس انتهى وذكر في البحر نحوه أيضا قال الأذرعي وهو حسن ينبغي الأخذ به وقد جزم به الماوردي أيضا قال في الأنوار وإذا شك في الشرف والدناءة أو في الشريف والأشرف أو الدنيء والأدنى فالمرجع عادة البلد قال الإمام والغزالي وشرف النسب من ثلاث جهات جهة النبوة وجهة العلم وجهة الصلاح المشهور قالا ولا عبرة بالانتساب إلى عظماء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب وإن تفاخر الناس بهم قال في الأصل وكلام النقلة لا يساعدهما عليه في عظماء الدنيا كما صرح به الرافعي قال في المهمات وكيف لا يعتبر الانتساب إليهم وأقل مراتب الإمرة أي ونحوها أن تكون كالحرفة وذو الحرفة الدنيئة لا يكافئ النفيسة فرع المحجور عليه بسفه هل هو كفؤ للرشيدة أم لا لأنها تتعير غالبا بالحجر على الزوج فيه نظر قاله الزركشي والأوجه الثاني فرع الحرف الدنيئة والفسق في الآباء قال الرافعي من بحثه وتبعه في الروضة أن المعرق فيهما لا يكافئ غير المعرق كما في الإسلام لأن ذلك مما يعير به الولد وعبارتهما فيشبه أن يكون حال من كان أبوه صاحب حرفة دنيئة أو مشهورا بالفسق مع من أبوها عدل كما ذكرناه فيمن

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ١٢٧/٣

أسلم بنفسه مع من أبوها مسلم قالا والحق أن يجعل النظر في حق الآباء دينا وسيرة وحرفة من حيز النسب فإن مفاخر الآباء ومثالهم هي التي يدور عليها أمر النسب ونقل الإسنوي عن الهروي في إشرافه أنه لا أثر له أي لما ذكر كولد الأبرص وبه صرح جماعة منهم القاضي أبو الطيب والماوردي والروياني وصححه الأذرعي قال وقضية كلام الأصل أن من أسلم بنفسه من الصحابة ليس كفؤا لبنات التابعين وهو زلل ولا أثر لليسار فيها أي الكفاءة فالمعسر كفؤ للموسرة لأن المال غاد ورائح ولا يفتخر به أهل المروآت والبصائر لكن لو زوج الولي **بالإجبار**

(١) ".

" موليته معسرا بغير رضاها بمهر المثل لم يصح النكاح لأنه بخس حقها كتزويجها بغير كفء كذا نقله الأصل عن فتاوى القاضي ومنعه البلقيني وقال الزركشي هو مبني على اعتبار اليسار مع أنه نقل عن عامة الأصحاب عدم اعتباره انتهى وهو حسن فرع لا اعتبار في الكفاءة بالطول والشباب والبلد والجمال ونحوها فالقصير والشيخ والمصري والذميم كفؤ للطويلة والشابة والمكية والجميلة

فرع لا يقابل بعض خصال الكفاءة بعضا أي لا يجبر بعضه بفضيلة فلا تزوج حرة عجمية برقيق عربي ونحوه ولا سليمة من العيوب دنيئة بمعيب نسيب ولا حرة فاسقة بعبد عفيف فصل والكفاءة حق للمرأة والولي واحدا كان أو جماعة مستوين في درجة فلا بد مع رضاها بغير الكفء من رضا سائر الأولياء به لا رضا أحدهم يعني لا يكفي عن رضا الباقين لأن لهم حقا في الكفاءة فاعتبر رضاهم بتركها كالمرأة بخلاف ما إذا زوجها أحدهم بكفء بدون مهر مثلها برضاها دون رضاهم فإنه يصح إذ لا حق لهم في المهر ولا عار فعلم أنه يصح النكاح بغير كفء برضاها ورضاهم لأن الكفاءة ليست شرطا للصحة لأنه صلى الله عليه وسلم زوج بناته من غيره ولا كفء لهن ولأنه أمر فاطمة بنت قيس بنكاح أسامة فنكحته وهو مولى وهي قرشية وإنما هي حق المرأة والولي وقد رضيا بتركها إلا في إعادته أي النكاح لمختلع رضوا به أولا بأن زوجها أحدهم به برضاها ورضاهم ثم اختلعها زوجها فأعادها له أحدهم برضاها ورضاه دون رضى الباقين فإنه يكفي لرضاهم به أولا وهذا قد يقتضيه كلام الروضة فالتصريح بالترجيح من زيادة المصنف لكن الذي صححه صاحب الكافي وجزم به صاحب الأنوار عدم الصحة لأنه عقد جديد وفي معنى المختلع الفاسخ والمطلق رجعيا إذا أعاد زوجته بعد البينونة والمطلق قبل الدخول

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ١٣٨/٣

ولا اعتراض للأبعد من الأولياء إذ لا حق له الآن في التزويج وإن زوجت البكر **بالإجبار** أو الثيب بإذن منها مطلق عن التقييد بكفء أو بغيره من غير كفء لم يصح التزويج لعدم رضاها به ولو رضيت به والولي السلطان لم يزوجها به لأنه كالنائب عن الولي الخاص فلا يترك الحظ وخبر فاطمة بنت قيس السابق لا ينافي ذلك إذ ليس فيه أنه صلى الله عليه وسلم زوجها أسامة بل أشار عليها به ولا يدري من زوجها فيجوز أن يكون زوجها ولي خاص برضاها على أن جماعات اختاروا الصحة ويستثنى مما ذكر ما لو كان عدم الكفاءة لجب أو عنة فيصح تزويجها من المجبوب والعنين برضاها وإن لم يرض الولي فرع لو أقرت بنكاح لغير كفء فلا أثر لإنكار الولي الرضا منه به لأنه ليس بإنشاء عقد فهو كما لو أقرت بالنكاح وأنكر الولي لا يقبل إنكاره وإن زوجت بوكالة فأنكرها الولي وأقرت بالنكاح قبل قولها كما لو أنكر تزويجها وإن سكتت فرق بينهما أي بين الزوجين فالقول قول الولي لاعتضاده بسكوتها فرع متى زوج ابنه الصغير أو المجنون بذات عيب مثبت للخيار في النكاح لم يصح التزويج لانتفاء الغبطة

(١) ".

" أو زوجه بسليمة لا تكافئه بجهة أخرى صح التزويج لأن الرجل لا يتعير باستفراشه من لا تكافئه بخلاف المرأة إلا الأمة في حق الصغير فلا يصح تزويجه بها لفقد خوف العنت بخلاف المجنون يجوز تزويجه بها بشرطه وإن زوج المجنون أو الصغير بعجوز أو عمياء أو قطعاء للأطراف أو بعضها أو الصغيرة بهرم أو أعمى أو أقطع فوجهان صحح منهما البلقيني وغيره عدم الصحة في صور المجنون والصغير ونقلوه عن نص الأم لأنه إنما يزوجهما بالمصلحة ولا مصلحة لهما في ذلك بل فيه ضرر عليهما وقضية كلام الجمهور في الكلام على الكفاءة تصحيح الصحة في صور الصغيرة لأن وليها إنما يزوجها **بالإجبار** من الكفء وكل من هؤلاء كفء فالمأخذ في هذه وما قبلها مختلف والخصي والخنثى غير المشكل كالأعمى فيما ذكر فيصح تزويج الصغيرة منهما على ما اقتضاه كلام الجمهور المشار إليه آنفا لا مثل المجنون بالنون ليوافق ما في الأصل ويصح قراءته بالباء الموحدة وكل صحيح وإن لم يحتج إليه فلا يصح تزويج الصغيرة بواحد منهما لانتفاء الكفاءة مع عدم الرضا كما علم مما مر وكالصغيرة فيما ذكر الكبيرة إذا أذنت لوليها مطلقا فرع لا يصح تزويج الأمة بمن به عيب مثبت للخيار للإضرار بها ويزوجها جوازا بغير رضاها ولو عربية من عربي دنيء النسب حرا كان أو عبدا وقضيته مع ما مر من أن بعض الخصال لا ينجبر ببعض أنه لا

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ١٣٩/٣

يزوجها إذا كانت عربية من عجمي ولو حرا بخلاف قول أصله ويزوجها من رقيق ودنيء النسب فإنه يقتضي أنه يزوجها منه فينافي قوله فيما مر والأمة العربية بالحر العجمي على هذا الخلاف أي الخلاف في الانجبار كذا قاله الإسنوي فعدول المصنف عن عبارة أصله إلى ما قاله لذلك والحق ما في الأصل ولا منافاة لأن الحق في الكفاءة في النسب لسيدها لا لها وقد أسقطه هنا بتزويجه لها من ذكر وما مر محله إذا زوجها غير سيدها بإذن أو ولاية على مالكها فلا حاجة إلى عدول المصنف إلى ما قاله بل عدوله إليه موهم خلاف المراد لا بمن لا يكافئها بسبب آخر أي غير دناءة النسب كعيب مثبت للخيار وكدين وحرفة دنيئة أي لا يزوجها به

إلا برضاها وعليها تمكينه من نفسها لإذنها وله بيعها من العيب لأن الشراء لا يتعين للاستمتاع ويلزمها تمكينه لأنها صارت ملكه وإذا ادعت المرأة كفاءة الخاطب وأنكرها الولي رفع الأمر إلى القاضي فإن ثبتت كفاءته ألزمه تزويجها فإن امتنع زوجها القاضي به وإلا أي وإن لم تثبت كفاءته فلا يلزمه تزويجها به وإن أقرت بزوجية رجل فسكت أو عكسه بأن أقر بزوجية امرأة فسكتت ورث الساكت من المقر إذا مات لا عكسه أي لا المقر من الساكت إذا مات لأن إقرار المقر يقبل عليه دون غيره قال في الروضة قال الشافعي في الإملاء لو زوج أخته فمات الزوج فادعى وارثه أن الأخ زوجها بغير رضاها وأنها لا ترث فقالت زوجني برضاي فالقول قولها وترث الطرف الثامن في اجتماع الأولياء والمستحب إذا اجتمعوا في درجة كإخوة وأعمام وقد أذنت لكل منهم ولو بقولها أذنت في فلان فمن شاء منكم فليزوجني منه أن يعقد أفضلهم بفقه بباب النكاح لأنه أعلم بشرائط العقد ونحوه كالورع والسن لأن الأورع أشفق وأحرص على طلب الحظ والأسن أخبر بالأمور لكثرة تجربته برضا من في درجته لتجتمع الآراء ولا يتأذى بعضهم باستئثار البعض ولو تعارضت الخصال قدم ندبا الأفقه ثم الأورع ثم الأسن لما ذكر فإن زوج المفضول منهم المرأة برضاها بكفء صح ولا اعتراض للباقين وليست هذه الولاية كولاية القود حيث يشترط اتفاق الأولياء على استيفائه لأنه مبني على الدرء والإسقاط والنكاح على الإثبات والإلزام ولهذا لو عضل واحد منهم زوج الآخرون ولو عفا واحد عن القود سقط حق الكل فإن تنازعوا فيمن يزوجها وقد أذنت لكل منهم فإن تعدد الخاطب اعتبر رضاها فتزوج ممن ترضاه لأن إذنها معتبر في أصل التزويج

". (١)

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣/١٤٠

" تليق به فإن نكح بأكثر منه صح النكاح بمهر المثل من المسمى وسقطت الزيادة لا شريفة يستغرق مهرها ماله أي لا ينكحها فإن نكحها لم يصح بل يتقيد ذلك بموافقة المصلحة وإن قال له انكح من شئت بما شئت لم يصح الإذن لأنه رفع للحجر بالكلية والتصريح بالترجيح في هذه المسألة والتي قبلها من زيادته قال في المهمات والقياس في هذه الصحة فيما لو نكح لائقة به بمهر المثل فإن لفظ الولي يتناولها وقد جمع بين ما يصح وما لا يصح فيصح فيما يصح ويحمل كلامهم على ذلك

وإن أذن للسفيه في النكاح لم يوكل أي لم يفده جواز التوكيل لأنه لم يرفع الحجر إلا عن مباشرته ونكاح السفيه يوافق نكاح العبد في هذه ويخالفه في التي قبلها وفيما لو عين له وليه قدرا فزاد حيث لا تلزم الزيادة ذمته حتى لا يطالب بها بعد فك الحجر وفي نظيره من العبد يلزمه لأن الحق ثم للسيد وقد أذن وذمة العبد قابلة للالتزام وهنا للسفيه فسقطت عنه الزيادة حالا ومآلا فرع ولو زوج الولي السفيه اشترط إذنه لأنه مكلف صحيح العبارة وليزوجه بمهر المثل فأقل فإذا زوجه بأكثر من مهر المثل صح مهر المثل لأن خلل الصداق لا يفسد النكاح كما مر فرع نكاح السفيه بلا إذن من وليه باطل ولو عضله الولي وتعذرت مراجعة السلطان كما في البيع ونحوه قال ابن الرفعة هذا إذا لم ينته إلى خوف العنت وإلا فالأصح صحة نكاحه

فإن وطئ فيه فلا حد للشبهة ولا مهر لرشيدة وإن انفك عنه الحجر لأنها سلطته على بضعها فصار كما لو اشترى شيئا وأتلفه لا ضمان عليه ولا يضر جهلها بحاله لتمكينها نفسها مع تقدم إذنها وهذا في الظاهر أما في الباطن فلها عليه مهر المثل كما نص عليه في الأم ومحل عدم وجوب المهر إذا وطئها مختارة كما اقتضاه التعليل السابق فلو وطئها مكرهة أو نائمة فالأوجه وجوبه وقد صرح به الماوردي في المكرهة وخرج بقول المصنف من زيادته لرشيدة المحجور عليها بسفه أو صبا أو جنون فلها عليه مهر المثل إذ لا أثر لتمكينها كما لو ابتاع شيئا من مثله وأتلفه كما قاله النووي في فتاويه في المحجور عليها بسفه ومثلها الصغيرة والمجنونة قال الإسنوي في تنقيحه وينبغي أن تكون المزوجة بالإجبار كذلك فإنه لا تقصير من قبلها فإنها لم تأذن والتمكين واجب عليها هذا وقد قال الزركشي تبعا للبلقيني والقياس أن لا استثناء كسائر الإتلافات البدنية ولهذا لو قال سفيه لآخر اقطع يدي فقطعه لم يلزمه شيء فرع لا يزوج السفيه إلا واحدة لأنه إنما يزوج لحاجة نكاح كحاجة المجنون فيما مر والحاجة تندفع بواحدة على ما مر وإنما اعتبرت حاجته إليه لأن تزويجه بدونها إتلاف لماله بلا فائدة ولا يعتد بقوله في الحاجة حتى تظهر أمارات الشهوة لأنه قد يقصد إتلاف ماله ويصح طلاقه كما مر في الحجر مع زيادة منها ما ذكره هنا بقوله

فإن كان مطلاقا أي كثير الطلاق سرى بجارية لأنه أصلح له إذ لا ينفذ إعتاقه فإن تبرم منها أبدلت وإكثار الطلاق بأن يزوج على التدريج ثلاثا فيطلقهن على ما قاله القاضي أو ثنتين فيطلقهما على ما قاله البندنيجي

وفهم الروياني أن تعدد الزوجة ليس مرادا فعبر عن ذلك بقوله فيه وجهان أحدهما يطلق ثلاث مرات والثاني مرتين وما قاله حسن والأوجه من وجهيه الأول فيكتفي بثلاث مرات ولو من زوجة واحدة ثم ظاهر كلامه أنه لا يسري ابتداء وينبغي كما قال في المهمات جواز الأمرين كما في الإعفاف ويتعين ما فيه المصلحة قال وقد يقال إذا طلب التزويج بخصوصه تعين فرع تزويج السفيه مفوض إلى الأب ثم الجد ثم السلطان قضيته أن الوصي لا يزوجه ونقل ابن الرفعة عن النص أن له أن

". (١)

" الوطء بخلاف صغير لا يتأتى منه ذلك وبخلاف صغير رقيق لأن نكاحه إنما يصح **بالإجبار** وهو ممتنع كما مر وكذا مجنون ومحرم بنسك وخصي ولو كان صائما أو كانت حائضا أو صائمة أو مظاهرا منها أو صغيرة لا تشتهى أو معتدة من شبهة وقعت في نكاح المحلل أو محرمة بنسك لأنه وطء زوج في نكاح صحيح لكن جزم في الذخائر بالمنع في الصغيرة التي لا تشتهى كالطفل ونقله الأذرعي والزركشي عن نص الشافعي في الأم وصوبه الأذرعي والمعنى يدفعه لأن القصد بذلك التنفير مما مر وهو حاصل بذلك بخلاف غيبة حشفة الطفل لا إن كانت رجعية وإن راجعها ولا معتدة لردة منه أو منها وإن أسلم المرتد في العدة

وتتصور العدة بلا وطء بأن استدخلت ماءه ثم طلقها واستدخلته وارتدت الأولى ثم ارتدت ثم وطئها فهذا الوطء لا يحلل لوجوده في حال ضعف النكاح وتحل ذمية لمسلم بوطء مجوسي ووثني وكتابي كما فهم بالأولى وصرح به أصله في نكاح نقرهم عليه عند ترافعهم إلينا كما يحصنونها بذلك فرع لو نكحها على أن النكاح ينتهي بالوطء بطل لأنه ضرب من نكاح المتعة وعليه حمل خبر لعن الله المحلل والمحلل له رواه الترمذي وقال حسن صحيح وكذا إن شرط طلاقها قبل الوطء أو بعده لأنه شرط يمنع دوام النكاح فأشبه التأقيت وتعبيره بما قاله أعم من قول أصله فإن شرط أنه إذا وطئها طلقها قال الزركشي ولو تزوجها على أن يحلها للأول ففي الاستذكار للدارمي فيه وجهان وجزم الماوردي بالصحة لأنه لم يشترط الفرقة بل شرط مقتضى العقد

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ١٤٥/٣

فلو تواطآ أي العاقدان على شيء من ذلك قبل العقد ثم عقدا بذلك القصد بلا شرط كره خروجا من خلاف من أبطله ولأن كل ما صرح به أبطل إذا أضمره كره ومثله لو تزوجها بلا شرط وفي عزمه أن يطلقها إذا وطئها وبه صرح الأصل وتصريح المصنف بالكراهة فيما قاله من زيادته وصرح بها الماوردي وغيره أو نكحها على أن لا يطأها والتصريح بهذه من زيادته هنا أو على أنه لا يطؤها إلا نهارا أو إلا مرة مثلا وعبارة الأصل على أن يطأها نهارا وكلاهما صحيح بطل النكاح إن كان الشرط منها أي من جهتها لمنافاته مقصود العقد لا منه لأن الوطء حق له فله تركه والتمكين حق عليها فليس لها تركه قال الرافعي ولك أن تقول إنما يتم العقد بمساعدة غير الشارط للشارط والمساعدة منه ترك لحقه ومنها منع له فهلا جعلت كالاشتراط وأجاب عنه ابن الرفعة بأنها إذا جعلت كالاشتراط فقد تعارض مقتضيا الصحة والفساد فيرجح بالابتداء لقوته وعني بمقتضى الصحة شرط الزوج أو مساعدته وفي اقتضائه لها نظر إذ غايته عدم اقتضائه الفساد ولا يلزم منه اقتضاؤه الصحة

وأجاب السبكي بأن الاشتراط إلزام والمساعدة التزام والشرط على الملتزم للملزم ولا عكس ورده ابن النقيب بأن هذا إن ظهر في شرطها فلا يظهر في شرطه لأن شرطه التزام لا إلزام ومساعدتها بالعكس لأن حق الترك من جهته عليه لا له ومن جهتها بالعكس وقد يجاب بمنع ذلك لأن شرطه وإن كان التزاما نظرا للمعنى فهو إلزام نظرا للفظ بل للمعنى أيضا إذ فيه إلزامها بعدم مطالبتها له بالوطء وإن قام به عنة أو نحوها هذا والأولى في الجواب عن كلام الرافعي أن يقال البادئ بالشرط إن كان صاحب الحق فهو تارك لحقه ابتداء والآخر ليس مانعا له منه وإن كان غير صاحب الحق فاشتراطه مفسد لما بدأ به فمساعدة صاحب الحق لا تفيد تمام العقد لفساد الشق الأول ثم ما ذكره المصنف كأصله من التفصيل المذكور هو ما عليه الجمهور وفي البحر أنه مذهب الشافعي وصححه النووي في تصحيح التنبيه والذي صححه في الشرح الصغير الفساد مطلقا لإخلال بمقصود العقد وجزم في المنهاج كأصله بالفساد من غير تفصيل ويستثنى من ذلك المأيوس من احتمالها الوطء مطلقا أو حالا إذا شرط في نكاحها على الزوج أن لا يطأها مطلقا أو إلى الاحتمال فإنه يصح لأنه قضية العقد ذكره البغوي في فتاويه

وينبغي كما قال الزركشي فيما إذا كان الزوج ممسوحا أن يكون كهي ولو تزوج بها على أن لا تحل له لم يصح التزويج لإخلاله بمقصود العقد وللتناقض أو على أنه لا يملك البضع وأراد الاستمتاع أو على أنه لا يملك الاستمتاع بالبضع كما فهم بالأولى وصرح به أصله فكشرط أن لا يطأ ها وإن أراد ملك العين

لم يضر لأنه تصريح بمقتضى العقد ومثله فيما يظهر ما إذا لم يرد شيئا فرع يقبل قولها أي المطلقة ثلاثا في التحليل بيمينها

." (١)

" ويرجع إلى مهر المثل لو زوج الأب ابنتيه من رجلين بعوض واحد فإن كانتا أي المزوجتان لواحد بعوض واحد أمتين لسيد واحد لم يفسد أي العوض لاتحاد المستحق في هذه وتعدده في تلك

السبب الرابع أن يتضمن إثباته أي الصداق رفع النكاح أو رفع الصداق فالأول مثاله أن يأذن لعبده في نكاح حرة بصداق والصداق رقبته فيبطل النكاح لأنه قارنه بما يضاده ويلزمه بطلان الصداق لأنه لو صح لملكت زوجها وانفسخ النكاح فيرتفع الصداق وكالحرة المبعضة والمكاتبة فإن كانت أي المعينة لنكاح عبده أمة صح النكاح والصداق لأن المهر لسيدها لا لها فإن طلقها قبل الدخول وقلنا بالأصح أن من باع عبدا قد تزوج بإذنه فطلق قبل الدخول وبعد الأداء للمهر حكمه أن المسترد من المهر للمشتري كان العبد كله هنا لسيد الأمة فإن أعتق مالك الأمة العبد ثم طلقها العبد قبل الدخول بها أو ارتدت قبله فعلى المعتق للعتيق نصف قيمته في صورة الطلاق وجميعه الأولى وجميعها في صورة الردة وكان الأولى أن يعبر بقيمة نصفه لا بنصف قيمته لأنها الواجبة دونه

ولو لم يعتقه سيد الأمة فيما ذكره بل باعه كان عليه ذلك أي ما ذكر من النصف والجميع للمشتري لأن الصداق يكون أبدا لمن له العبد يوم الطلاق أو الانفساخ ولو باع الأمة ثم طلقها العبد أو فسخت نكاحها بعيب قبل الدخول بقي العبد له أي لبائعها ولا شيء عليه ومثال القسم الثاني وهو أن يتضمن إثبات الصداق رفعه أن يكون له أي لرجل ولد حر من أمة يملك بيعها كأن ولدته منه وهي في غير ملكه بنكاح ثم ملكها فيعتق عليه ولده دونها فيزوجه بامرأة ويصدقها أمه فإن الصداق يفسد ويجب للمرأة مهر المثل وذلك لأنا إن أي لو صححناه دخلت الأمة أولا في ملك الابن وعتقت عليه فيمتنع انتقالها إلى المرأة وكذا لو جعل أحد أبويها صداقا لها ومتى تبرع الوالد عن ابنه الصغير بالصداق أو اشترى له شيئا في ذمته وسلمه عنه ثم طلق قبل الدخول أو رد المبيع بعيب عاد النصف أي نصف الصداق في الأولى أو الثمن في الثانية إلى الابن ولا رجوع للأب فيه فلو تبرع به أجنبي عن الزوج أو والد عن ابنه الكبير عاد إليهما لا إلى المتبرع عنه

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ١٥٦/٣

وتقدم أواخر باب خيار النقص ذلك مع ذكر الفرق بين الحكمين وغيره السبب الخامس الولي أي تفريطه فإن زوج المجبرة **بالإجبار** بأن زوج بنته المجنونة أو البكر الصغيرة أو الكبيرة بغير إذنها بأقل من مهر المثل بما لا يتغابن بمثله أو قبل النكاح لابنه الصغير أو المجنون لا من مال الأب بأكثر من مهر المثل بما لا يتغابن بمثله بطل المسمى لانتفاء الحظ والمصلحة فيه وصح النكاح بمهر المثل لأنه لا يفسد بفساد المهر ولو قبله له بأكثر من مهر المثل من مال نفسه صح المسمى عينا كان أو دينا لأن المجعول صداقا يكن ملكا للابن حتى يفوت عليه والتبرع به إنما حصل في ضمن تبرع الأب فلو ألغى فات على الابن ولزم مهر المثل في ماله وبهذا قطع الغزالي والبغوي والماوردي ورجح المتولي والسرخسي فساده لأنه يتضمن دخوله في ملك الابن ثم يكون متبرعا بالزائد وأيده الأصل بمنعه إعتاقه عنه عبد

".[1]

" الجاني بإعطاء النقد وللجاني تسليمها أي حصة السيد دراهم أو دنانير للسيد فيجبر على قبولها لأن ما يجب له يجب بحق الملك والواجب بحق الملك النقد فإذا أتى به فقد أتى بأصل حقه وحاصله تخير الجاني بين تسليم حصة السيد من الدية وحصته من القيمة وهو مراد الأصل بقوله بين تسليم الدية والدراهم وما ذكر من أن السيد يجبر على قبول حصته من القيمة قال في الأصل إنه أرجح الوجهين عند الإمام والغزالي قال الإسنوي والوجهان بحث للإمام لا نقل عن الأصحاب والذي صرح به القاضي أبو الطيب ونص عليه الشافعي وحكاه عنه في المطلب عدم **الإجبار** قال الأذرعي وكلام الغزالي في بسيطه يفهم أن ذلك نقل عن الأصحاب

فرع كل جرح أوله غير مضمون لا ينقلب مضمونا في الانتهاء بتغير الحال كأن جرح مرتدا فأسلم قال الرافعي وكل جرح أوله مضمون ثم هدر المجروح لم يتعلق به إلا ضمان الجرح كأن جرح مسلما فارتد وإن كان مضمونا في الحالين اعتبر في قدر الضمان الانتهاء كأن قطع يد عبد لغيره فعتق ومات بالسراية فتجب الدية لا نصف القيمة وفي القصاص تعتبر الكفاءة من الفعل كالرمي إلى الفوت وهو انتهاء الجناية باب القصاص في الأطراف

الأولى في غير النفس وفيه أربعة فصول الأول في أركانه وهي ثلاثة الأول القطع فيعتبر في ثبوت القصاص فيه أن يكون عمدا محضا عدوانا كما في النفس فلا قصاص في خطئه كإصابة إنسان بحجر

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢٠٦/٣

قصد به الرامي جدارا فأوضحه ولا في شبه عمده كاللطمة تتورم بأن يتورم محلها وتوضح هي عظمه والضرب بالعصا الخفيف والحجر المحدد أي الضرب بكل منهما عمد في الشجاج لا في النفس لأنه يوضح غالبا ولا يقتل غالبا وقد يكون الفعل من ضرب وغيره عمدا في النفس أيضا فالأول كإيضاحه شخصا بما يوضح غالبا ولا يقتل غالبا كالضرب بعصا خفيف فمات به فيوجب القصاص في الموضحة دون النفس وقيده الماوردي بما إذا مات في الحال بلا سراية وإلا فيوجبه فيها أيضا والثاني كفقء العين أي بخصها بالأصبع فإنه عمد يوجب القصاص في العين والنفس لأن الأصبع في العين تعمل عمل السلاح ثم بين الركن الثاني والثالث بقوله ويشترط في القاطع التكليف والتزام الأحكام وفي المقطوع العصمة والمكافأة لا التساوي في البدل فيقطع رجل بامرأة كما في النفس وتقطع جماعة أي أيديهم بيد لواحد تحاملوا عليها دفعة واحدة بسكين أو نحوها حتى أبانوها أو أبانوها بضربة اجتمعوا عليها كما في النفس بخلاف ما لو اشتركوا في سرقة نصاب لا قطع على أحد لأن الحد محل المساهلة لأنه حق الله تعالى بخلاف القود

ولهذا لو سرق نصابا دفعتين لم يقطع ولو أبان اليد بدفعتين قطع لا إن تميزت أفعالهم كأن حز كل منهم من جانب والتقى الحديدتان وكذا لو قطعا أي اثنان قطع المنشار بالنون وبالياء وبالهمز فلا قطع على أحد في الأولى خلافا لصاحب التقريب ولا في الثانية عند الجمهور لتعذر المماثلة لاشتمال المحل على أعصاب ملتفة وعروق ضاربة وساكنة مع اختلاف وضعها في الأعضاء بل على كل منهم حكومة تليق بجنايته مجموعها دية يد أي بحيث يبلغ مجموع الحكومات دية اليد وهذا من زيادته في صورة الجمهور وصرح به في الأنوار

تنبيه ما نقله كأصله عن الجمهور في صورة المنشار من أنه من صور التمييز مثل به ابن كج لصورة الاشتراك الموجب للقصاص نقله الرافعي ثم قال ويحل الإشكال ما ذكره الإمام أن الإمرار يصور بصورتين إحداهما أن يتعاونا في كل جذبة ورسلة فيكون من صور الاشتراك والثانية أن يجذب كل واحد إلى جهة نفسه ويفتر عن الإرسال في جهة صاحبه فيكون البعض مقطوع هذا والبعض مقطوع ذاك ويكون الحكم ما قاله الجمهور وتبعه في الروضة على ذلك قال الأذرعي وغيره وما صور به الإمام كلام الجمهور قد صرح به القاضي والمتولي وغيرهما وهو ظاهر

الفصل الثاني فيما يوجب القصاص في غير النفس من الجنايات وهي وفي نسخة وهو ثلاثة

". (١)

" لئلا يغالي في الأجرة ولئلا يواطئه بعضهم فيحيف بل يدع الناس ليستأجروا من شاءوا ومنعه من التعيين قال القاضي على جهة التحريم والفوراني على جهة الكراهة والأوجه الأول والشرط فيمن ينصبه وكذا في من حكموه أن يكون حرا عدلا ذكرا لأنه يلزم كالحاكم وحذف من كلام أصله مكلفا للاستغناء عنه بالعدل يعرف الحساب والمساحة لأنها آلة القسمة كما أن الفقه آلة القضاء ولا بد أن يكون ضابطا سميعا بصيرا قال الماوردي وغيره عفيفا عن الطمع واقتضاه كلام الأم لا أن يعرف التقويم وقيل يشترط ذلك لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه والترجيح من زيادته وبه صرح الإسنوي قال فقد جزم باستحبابه القاضيان البندنيجي وأبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم وحينئذ فإن لم يكن عارفا رجع إلى إخبار عدلين عند الحاجة إلى ذلك ورد البلقيني ذلك وقال المعتمد اشتراط ذلك في قسمتي التعديل والرد والأول أوجه ويجزئ أي يكفي إذا لم يكن في القسمة تقويم قاسم في كل بلد كالوزان والكيال من جهة استناده إلى عمل محسوس هذا إن كفى والأزيد بقدر الحاجة هذا من زيادته ولا حاجة إليه للعلم به مما مر فإن كان فيها تقويم فلا بد من اثنين لاشتراط العدد في المقوم لأن ذلك شهادة بالقيمة وللإمام جعل القاسم حاكما في التقويم فيعمل فيه بقول عدلين ويقسم بنفسه وللقاضي الحكم في التقويم بعلمه كما يحكم به في غيره فرع أجرة القاسم التي استأجره الشركاء بها وأطلقوها موزعة على قدر الحصص لا على عدد رءوسهم وإن كانت أي الإجارة فاسدة أو القسمة بغير عقد بأن اقتصروا على نصبه لها وقلنا الأجرة واجبة أو بإخبار من القاضي ولو من منصوبه لأنها من مؤن الملك كالنفقة وإن قدر له كل منهم لنفسه أي عليها أجرة جاز فله على كل منهم ما التزمه سواء كان مساويا لأجرة مثل حصته أم لا وليستأجروا بعقد واحد كأن يقولوا استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان ودينارين على فلان أو يوكلوا من يعقد لهم كذلك فلو انفرد كل منهم بعقد لإفراز نصيبه وترتبوا أو لم يترتبوا فيما يظهر لم يصح إلا برضا الباقين فيصح ذلك بل يصح أن يعقد أحدهم ويكون حينئذ أصيلا ووكيلا ولا حاجة حينئذ إلى عقد الباقين وإنما لم يصح بدون رضاهم لأن ذلك يقتضي التصرف في ملك غيره بغير إذنه نعم له ذلك في قسمة الإجبار بأمر الحاكم وقيل يصح فيما قاله وإن لم يرض الباقون لأن كلا عقد لنفسه والترجيح من زيادته وجزم به في الأنوار لكن قال الإسنوي وغيره

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤/٢٢

." (١)

" والباقي لصاحب الثلث وقد ذكر الرافعي نظير هذا في أمثلة أو يقال لا يتعين هذا بل يتبع نظر القاسم كما قاله الرافعي أيضا في نظائر له أو خرج له الثالث ففي الأصل عن الجويني يتوقف فيه ويخرج لصاحب الثلث فإن خرج له الأول أو الثاني أخذهما وأخذ صاحب النصف الثالث واللذين بعده أو الخامس أخذه مع ما بعده قال وأهمل باقي الاحتمالات ثم بحث هو ما جزم به المصنف من أنه إن خرج له الثالث أخذه مع اللذين قبله ثم يخرج باسم الآخرين أو الرابع أخذه مع اللذين قبله

ويتعين الأول لصاحب السدس والأخيرين الوجه والأخيران لصاحب الثلث أو الخامس أخذه مع اللذين قبله وتعين السادس لصاحب السدس والأولان لصاحب الثلث قال الإسنوي وما ذكره في الصور الثلاث تحكم بلا دليل إذ يقال له لم لا قلت في الأولى أخذه مع الثاني والرابع ويتعين الأول لصاحب السدس والأخيران لصاحب الثلث أو أخذه مع اثنين بعده ويتعين الأخير لصاحب السدس والأولان لصاحب الثلث ولم لا قلت في الثانية أخذه مع الثالث والخامس ويتعين الأخير لصاحب السدس والأولان لصاحب الثلث ولم لا قلت في الثالثة أخذه مع الرابع والسادس ثم يقرع بين الأخيرين لا سيما وهذا الطريق يؤدي إلى الإقراع بين الكل بخلاف ما ذكره هو أو خرج له السادس أخذه مع اللذين قبله ثم بعد ذلك يخرج رقعة أخرى باسم أحدهما أي أحد الآخرين ولا يخفى الحكم فإنه إن بدأ منهما باسم صاحب الثلث فخرج له الأول أو الثاني أخذهما وتعين الثالث للآخر أو الثالث أخذه مع ما قبله وتعين الأول للآخر أو بصاحب السدس فخرج له الأول أو الثالث أخذه وتعين الثاني والثالث للآخر وإن خرج له الثاني لم يعطه للتفريق وإن بدأ بصاحب السدس أو بصاحب الثلث ينبي على هذا القياس فإن خرج لصاحب السدس الأول أو السادس أخذه ثم يخرج باسم أحد الآخرين أو الثالث أو الرابع أخذه وتعين الأولان في الأولى والأخيران في الثانية لصاحب الثلث والبقية لصاحب النصف أو الثاني أو الخامس لم يعطه للتفريق

وهذا المحترز عنه بقولهم ويمكن الاحتراز عن التفريق بأن لا يبدأ بصاحب السدس وإن خرج لصاحب الثلث الأول أو الثاني أخذهما أو الخامس أو السادس فكذلك ثم يخرج باسم أحد الآخرين وإن خرج له الثالث أخذه مع الثاني وتعين الأول لصاحب السدس والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف أو الرابع أخذه مع الخامس وتعين السادس لصاحب السدس والثلاثة الأول لصاحب النصف وقد ذكر الرافعي هنا طريقة أخرى حذفها في الروضة لطولها ثم القرعة على الوجه السابق لا تختص بقسمة الإجزاء وكما تجوز

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٣٠/٤

بالرقاع المدرجة في البنادق تجوز بالأقلام والعصا والحصى ونحوها صرح بذلك الأصل فصل تنقض قسمة الإجبار للغلط وللحيف بأن ادعاه أحد الشركاء وبينه وأقام به بينة كما سيأتي وهذا كما لو قامت بينة بجور القاضي أو كذب الشهود ومن ادعاه منهم مجملا بأن لم يبينه لم يلتفت إليه فإن بين لم يحلف القاسم الذي نصبه القاضي كما لا يحلف القاضي أنه لم يظلم والشاهد أنه لم يكذب بل يمسحها أي العين المشتركة قاسمان حاذقان ويعرفان الحال ويشهدان وتنقض القسمة قال في الأصل وألحق السرخسي بشهادتهما ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع ومسح ما أخذه فإذا هو سبعمائة ذراع انتهى وظاهر أن الشاهد والمرأتين والشاهد واليمين وعلم الحاكم وإقرار الخصم ويمين الرد كالشاهدين خلافا لجماعة وستأتي الأخيرة في كلامه وله إذا ادعاه وبينه ولم يقم حجة تحليف بقية الشركاء لأن من ادعى على خصمه ما لو أقر به لنفعه فأنكر كان له تحليفه ومن نكل منهم عن اليمين نقضت أي القسمة في حقه دون حق غيره من الحالفين إن حلف خصمه كما لو أقر وليس عليهم أي بقيتهم البينة بصحتها أي القسمة

وإن قال المدعي إن القاسم لا يحسن القسمة والمساحة والحساب لأن الظاهر صحتها وإن اعترف به القاسم لم تنقض أي القسمة إن كذبوه أو سكتوا كما أفاده كلام الأصل ورد الأجرة لاعترافه بما يقتضي عدم استحقاقه لها وإن صدقوه نقضت القسمة كالقاضي يعترف بالغلط أو الحيف في الحكم إن صدقه الخصم المحكوم له رد المال المحكوم به إلى المحكوم عليه وإلا فلا وغرم القاضي

". (١)

" أو ظهرت بعد قسمة التركة وصية مرسلة في الذمة فكدين ظهر على التركة أو وصية بجزء شائع أو معين فكالمستحق في حكمه السابق ثم ظهور الدين والاستحقاق ودعوى الغلط لا تختص بقسمة المتشابهات على ما يفهمه كلامه بل تعم أنواع القسمة كما صرح به الأصل النوع الثاني قسمة التعديل بالقيمة فيما لا يتعدد كأرض تختلف قيمة أجزائها باختلافها في قوة الإنبات والقرب من الماء وفي أن بعضها يسقى بالنهر وبعضها بالناضح فيكون مثلا قيمة ثلثها لجودته كقيمة ثلثيها فتجزأ الأرض على أقل الأنصباء إن اختلفت كنصف وثلث وسدس فتجزأ ستة أسهم بالقيمة لا المساحة لأنه يتأدى به القليل والكثير كما مر وتوزع أجرة القاسم على قدر مساحة المأخوذ لا مساحة النصيب لأن العمل في الكثير أكثر فهذا الأولى وهذا أي النوع قسمة بالإجبار لأنه إذا طلبها أحدهما أجبر عليها الممتنع إلحاقا للتساوي في

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤/٣٣٣

القيمة بالتساوي في الإجزاء هذا إذا لم يمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده وإلا فلا إجبار كما لو كانا شريكين في أرضين يمكن قسمة كل واحدة بالإجزاء لا يجوز **الإجبار** في قسمتها على التعديل وكذا بستان بعضه عنب وبعضه نخل ودار بعضها آجر وبعضها خشب وطين ونحوهما مما اختلفت قيمته لاختلاف الجنس يجري فيه **الإجبار** إذا لم يمكن قسمة كل جنس وحده إلحاقا لذلك بما اختلفت قيمته لاختلاف صفته

وأما المتعدد فما لا ينقسم آحاده كدكاكين صغار متلاصقة وتسمى عضائد فتقسم أعيانها إجبارا للحاجة وكالخان المشتمل على بيوت ومساكن فإن انقسمت الدور أو الدكاكين المتعددة المتساوية القيمة وطلب أحد الشركاء القسمة بأن يجعل لكل منهم دار أو دكان فلا إجبار سواء تجاورت الدور والدكاكين أم تباعدت لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية كالجنسين وأما الأراضي فلا إجبار فيها إلا إن تلاصقت واتحد الشرب والطريق فيجبر فيها فمحل عدم **الإجبار** فيها إذا تفرقت أو تلاصقت ولم يتحد المشرب والطريق والمتعدد إن كان من نوع واحد كعبيد وثياب وشجر إن أمكن التسوية فيها بين الشركاء ولو بالقيمة كما لو أمكنت بالعدد والقيمة أجبر الممتنع عليها أي على قسمتها أعيانا كثلاثة أعبد بين اثنين قيمة أحدها الأولى أحدهم مائة وقيمة الآخرين مائة وكثلاثة أعبد متساوية القيمة بين ثلاثة وذلك لقلة اختلاف الأغراض فيها عند إمكان التسوية عدد أو قيمة بخلاف الدور وإلحاقا للتسوية في القيمة بالتسوية في العدد والقيمة عند عدم إمكانها

وما ذكره فيها هو مقتضى كلام الأصل لكن قال ابن الرفعة الصحيح عند العراقيين وهو الذي أورده الأكثرون منع **الإجبار** فيها بخلاف عبدين بين اثنين قيمة ثلثي أحدهما يعدل قيمة ثلثه مع الآخر كأن ساوت قيمة الأول ثلثمائة والثاني مائة فلا إجبار في قسمتهما لعدم ارتفاع الشركة بالكلية

وإن اختلفت الأنواع والأجناس المفهومة بالأولى كعبدين تركي وهندي وكعبد وثوب فلا إجبار في قسمتها ولو اختلطت وتعذر التمييز كتمر جيد ورديء لشدة اختلاف الأغراض باختلافها واللبن إن استوت قوالبه فمتشابهات أي فقسمته قسمة المتشابهات وإن اختلفت فالتعديل أي فقسمته قسمة تعديل فيأتي فيها **الإجبار** ويجبر الممتنع على قسمة علو وسفل من دار أمكن قسمتها لا على قسمة أحدهما فقط لأنهما قد يقتسمان الآخر بعد ذلك فيقع ما يحاذي نصيب هذا لذاك أو على جعله لواحد والآخر لآخر لأن العلو تابع والسفل متبوع فلا يجعل أحد النصيبين تابعا والآخر متبوعا ولأن العلو مع السفل كدارين

متلاصقين لأن كلا منهما يصلح سكنا وقال في الأصل ويجوز أن يقال إن لم تمكن القسمة علوا وسفلا فجعل العلو لأحدهما والسفل للآخر من جملة قسمة

". (١)

" التعديل قال الأذرعي وفيه نظر لأن شأن قسمة التعديل انقطاع العلقة من الجانبين وهنا منتف فإن صاحب العلو لو أراد البناء عليه نازعه صاحب السفل وصاحب السفل لو أراد الحفر تحت بنائه نازعه صاحب العلو النوع الثالث قسمة الرد بأن يكون في أحد جانبي الأرض بئر أو شجر أو بيت تتعذر قسمته وليس في الجانب الآخر ما يعادله إلا بضم شيء إليه من خارج فيرد من يأخذه بالقسمة قسط قيمته فإن كانت ألفا وله النصف رد خمسمائة وكل ما لا يمكن تعديله إلا برد فلا إجبار فيه لأن فيه تمليكا لما لا شركة فيه فكان كغير المشترك فلو كان بينهما عبدان قيمة أحدهما مائة والآخر خمسمائة واقتسما على أن يرد آخذ النفيس مائتين ليستويا فلا إجبار ولو تراضيا بأن يأخذ أحدهما النفيس ويرد على الآخر ذلك جاز وإن لم يحكما القرعة وهي أي قسمة الرد بيع وكذا قسمة التعديل وإن أجبر عليها كما مر وذلك لأنه لما انفرد كل من الشريكين ببعض المشترك بينهما صار كأنه باع ما كان له بما كان للآخر وإنما دخل الثانية **الإجبار** للحاجة كما يبيع الحاكم مال المديون جبرا وقسمة الإجزاء إفراز للحق لا بيع قالوا لأنها لو كانت بيعا لما دخلها **الإجبار** ولما جاز الاعتماد على القرعة ومعنى كونها إفرازا أن القرعة تبين أن ما خرج لكل من الشريكين كان ملكه وقيل بيع فيما لا يملكه من نصيب صاحبه إفراز فيما كان يملكه هو قبل القسمة لما علم مما مر وإنما دخلها **الإجبار** للحاجة فما صار في يد كل واحد منهما نصفه مبيع ونصفه مفرز باق على ملكه وهذا القول جزم به تبعا لتصحيح أصله له في بابي زكاة المعشرات والربا وهو قوي قال في الأصل ثم قيل القولان فيما إذا جرت القسمة إجبارا فإن جرت بالتراضي فبيع قطعا وقيل القولان في الحالين قال البغوي والأصح الطريق الأول قال الإسنوي هذا غلط على البغوي فإنه صحح في تهذيبه الطريق الثاني لكنه انعكس على الرافعي قال الأذرعي وفي بعض نسخ الرافعي الأصح الثاني وهو الصواب فرع وحيث قلنا القسمة بيع فاقتسما ربويا اشترط في الربوي التقابض في المجلس وامتنعت في الرطب والعنب وما عقدت النار أجزاءه كما علم من باب الربا وقوله ونحوه أي كل من المذكورات من زيادته وقوله وإن قلنا هي إفراز جاز لهم أي الشركاء ذلك يغني عن قوله ويقسم الرطب والعنب في الإفراز أي على القول بأن القسمة إفراز

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٣٥/٤

ولو كانت قسمتهما على الشجر خرصا لا غيرهما من سائر الثمار فلا يقسم على الشجر لأن الخرص لا يدخله وتقسم الأرض مزروعة وحدها ولو إجبارا سواء كان الزرع بذرا بعد أم قصيلا أم حبا مشتدا لأنه

"(١).

" في الأرض بمنزلة القماش في الدار بخلاف البناء والشجر لأن للزرع أمدا بخلافهما أو مع الزرع قصيلا بتراض من الشركاء لأن الزرع حينئذ معلوم مشاهد وأفهم قوله بتراض أنه لا إجبار في ذلك وصرح به الأصل نقلا عن جمع قال ولم يوجهوه بمقنع لا الزرع وحده ولا معها وهو بذر بعد أو بعد بدو صلاحه فلا يقسم

وإن جعلناها إفرازا كما لو جعلناها بيعا لأنها في الأولى قسمة مجهول وفي الآخرتين على الأول قسمة مجهول ومعلوم وعلى الثاني بيع طعام وأرض بطعام وأرض وتصح الإقالة في قسمة هي بيع لا إفراز وقوله بل تلغو إيضاح وتصحح القسمة في مملوك عن وقف إن قلنا هي إفراز لا إن قلنا هي بيع مطلقا أو إفراز وفيها رد من المالك فلا تصح أما في الأول فلامتناع بيع الوقف وأما في الثاني فلأن المالك يأخذ بإزاء ملكه جزءا من الوقف فعلم أنه إنما تصح فيما إذا لم يكن فيها رد أو كان فيها رد من أرباب الوقف ولغت على القولين قسمة وقف فقط أي لا عن ملك بأن قسم بين أربابه لما فيها من تغيير شرط الواقف قال البلقيني هذا إذا صدر الوقف من واحد على سبيل واحد فإن صدر من اثنين فقد جزم الماوردي بجواز القسمة كما تجوز قسمة الوقف مع الملك وذلك راجح من جهة المعنى وأفتيت به انتهى وكلامه متدافع فيما إذا صدر من واحد على سبيلين أو عكسه

والأقرب في الأول بمقتضى ما قاله الجواز وفي الثاني عدمه ويشترط في غير قسمة الإجبار وهي القسمة الواقعة بالتراضي من قسمة الرد وغيرها وإن تولاها منصوب الحاكم التراضي قبل القرعة وهو ظاهر وبعدها أما في قسمة الرد فلأنها بيع وهو لا يحصل بالقرعة فاشترط التراضي بعدها كما اشترط قبلها وأما في غيرها مما يقع بالتراضي فقياسا عليها بجامع اشتراط التراضي قبلها فإن لم يحكما القرعة كأن اتفقا على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين والآخر الآخر أو يأخذ أحدهما الخسيس والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فلا حاجة إلى تراض ثان أما قسمة الإجبار فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها ويكفي في التراضي بالقسمة بعد خروج القرعة رضينا بها ونحوه كرضينا بما أخرجته القرعة وبما جرى لأن الرضا أمر خفي فنيط

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٣٦/٤

بأمر ظاهر يدل عليه ولا يكفي مجرد رضيت ولا يشترط في القسمة بيع ولا تمليك أي التلفظ بهما وإن كانت بيعا فصل تقسم المنافع بين الشريكين كما تقسم الأعيان مهايأة أي مناوبة مياومة ومشاهرة ومسانهة ويقال مساناة ومسانية وعلى أن يسكن أو يزرع هذا مكانا من المشترك وهذا مكانا آخر منه لكن لا إجبار في المنقسم وغيره من الأعيان التي طلبت قسمة منافعها فلا تقسم إلا بالتوافق لأن المهايأة تعجل حق أحدهما وتؤخر حق الآخر بخلاف قسمة الأعيان ولأن انفراد أحدهما بالمنفعة مع الاشتراك في العين لا يكون إلا بمعاوضة والمعاوضة بعيدة عن **الإجبار** قال البلقيني وهذا في المنافع المملوكة بحق الملك في العين أما المملوكة بإجارة أو وصية فيجبر على قسمتها

وإن لم تكن العين قابلة للقسمة إذ لا حق للشركة في العين قال ويدل للإجبار في ذلك ما ذكروه في كراء العقب وهو مع ذلك معترف بأن ما قاله مناف لما يأتي فيما إذا استأجر أرضا فإن تراضيا بالمهايأة وتنازعا في البداءة بأحدهما أقرع بينهما ولكل منهما الرجوع عن المهايأة بناء على أنه لا إجبار فيها فإن رجع أحدهما عنها بعد استيفاء المدة أو بعضها لزم المستوفي للآخر نصف أجرة المثل لما استوفى كما إذا تلفت أي العين المستوفي أحدهما منفعتها فإنه يلزم المستوفى نصف أجرة المثل فإن تمانعا أي تنازعا في المهايأة وأصرا على ذلك أجرها أي العين القاضي لهما بمعنى عليهما ووزع الأجرة عليهما بقدر حصتهما وينبغي له أن يقتصر على أقل مدة تؤجر تلك العين فيها عادة إذ قد يتفقان عن قرب قاله الأذرعي ولا يبيعها

"(١).

" عليهما لأنهما كاملان ولا حق لغيرهما فيها وكذا الحكم لو استأجرا أرضا مثلا في المهايأة والنزاع وتأجير أي إجارة القاضي لهما بمعنى عليهما فيه زيادة على ما في الأصل وعبارته ولو استأجرا أرضا وطلب أحدهما المهايأة وامتنع الآخر فينبغي أن يعود الخلاف في **الإجبار**

وإن اقتسماها بالتراضي ثم ظهر عيب بنصيب أحدهما فله بل لهما الموافق لكلام الأصل بل للآخر الفسخ للقسمة وثبوت الفسخ للآخر نقله الأصل عن بحث القاضي وهو بعيد وكلامه آخر الباب يقتضي المنع وهو ظاهر وإن جرت المهايأة في عبد مثلا مشترك بينهما فقد بينا في باب اللقطة بأن الباء زائدة أي أن الأكساب النادرة كاللقطة والهبة ونحوهما كالوصية تدخل في المهايأة كالأكساب العامة ولا حاجة لقوله ونحوهما وكذا يدخل فيها المؤن النادرة كأجرة الطبيب والحجام كالمؤن العامة فتكون الأكساب لذي النوبة

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٣٧/٤

والمؤن عليه إلا أرش الجناية كما مر في اللقطة ويراعى في الكسوة قدر المهايأة فتجب عليهما إن كانت مياومة فرع لا تجوز المهايأة في ثمر الشجر ليكون لهذا عاما ولهذا عاما ولا في لبن الشاة ليحلب هذا يوما وهذا يوما لأن ذلك ربوي مجهول وطريق من أراد ذلك أن يبيح كل منهما لصاحبه مدة واغتفر الجهل لضرورة الشركة م ع تسامح الناس في ذلك فصل ليس للقاضي أن يجيب جماعة إلى قسمة شيء مشترك بينهم حتى يثبتوا أي يقيموا عنده بينة بالملك لهم لأنه قد يكون في أيديهم بإجارة أو إعارة فإذا قسمه بينهم فقد يدعون الملك محتجين بقسمة القاضي قال البلقيني وخرج من هذا أن القاضي لا يحكم بالموجب بمجرد اعتراف العاقدين بالبيع ولا بمجرد إقامة البينة عليهما بما صدر منهما لأن المعنى الذي قيل هنا يأتي هناك والأوجه خلاف ما قاله لأن معنى الحكم بالموجب أنه إن ثبت الملك صح فكأنه حكم بصحة الصيغة واعترض ابن سريج على إجابة القاضي لهم إذا أثبتوا عنده الملك بأن البينة إنما تقام وتسمع على خصم ولا خصم هنا وأجاب ابن أبي هريرة بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك وقد يكون لهم خصم غائب فيسمع البينة ليحكم لهم عليه قال ابن الرفعة وفي الجواب نظر وخرج بإثبات الملك إثبات اليد لأن القاضي لم يستفد به شيئا غير الذي عرفه وإثب ا ت الابتياع أو نحوه لأن يد البائع أو نحوه كيدهم سواء في عدم إجابته لهم اتفقوا على طلب القسمة أو تنازعوا فيه ويقبل في إثبات الملك شاهد وامرأتان كما يقبل فيه شاهدان قاله ابن كج لا شاهد ويمين لأن اليمين إنما شرعت لترد على الخصم عند النكول ولا مرد لها هنا لعدم وجود الخصم وقيل

". (١)

" يقبل ذلك أيضا والترجيح من زيادته لكن قال الأذرعي جزم الدارمي بالثاني واقتضاه كلام غيره وهو الأشبه وقال الزركشي إنه الصواب فصل قول القاسم في قسمة **الإجبار** حال ولايته قسمت كقول القاضي وهو في محل ولايته حكمت فيقبل وإلا لم يقبل بل لا تسمع شهادته لأحد الشريكين وإن لم يطلب أجرة وظاهر أن محله إذا ذكر فعله ولو تقاسما ثم تنازعا في بيت أو قطعة من الأرض وقال كل منهما هذا من نصيبي ولا بينة لهما أو لكل منهما بينة تحالفا وفسخت أي القسمة كالمتبايعين قال الشيخ أبو حامد فإن اختص أحدهما باليد فيما تنازعا فيه حلف ذو اليد لأن الآخر اعترف له بها وادعى أنه غصبه منه ولمن اطلع منهما على عيب في نصيبه أن يفسخ القسمة كالبيع ولا تصح قسمة الديون المشتركة في الذمم لأنها

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٣٨/٤

إما بيع دين بدين أو إفراز ما في الذمة وكلاهما ممتنع وإنما امتنع إفراز ما في الذمة لعدم قبضه وعلى هذا لو تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لأحدهما وما في ذمة عمرو للآخر لم يختص أحد منهما بما قبضه كتاب الشهادات الأصل فيها آيات كقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وأخبار كخبر الصحيحين ليس لك إلا شاهداك أو يمينه وخبر أنه صلى الله عليه وسلم سأل عن الشهادة فقال للسائل ترى الشمس قال نعم فقال على مثلها فاشهد أو دع رواه البيهقي والحاكم وصحح إسناده وفيه ستة أبواب الأول في أهلية الشهادة وشرط الشاهد أي شروطه ثمانية إسلام فلا يقبل من كافر ولو على كافر لآية واستشهدوا وقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم والكافر ليس من رجالنا وليس بعدل ومعنى قوله تعالى أو آخران من غيركم أي من غير عشيرتكم وتكليف فلا يقبل من غير مكلف كالإقرار بل أولى وحرية كاملة فلا تقبل ممن فيه رق كسائر الولايات إذ في الشهادات نفوذ قول على الغير وهو نوع ولاية ولأنه مشتغل بخدمة سيده فلا يتفرغ لتحمل الشهادة ولا لأدائها وعدالة فلا تقبل من فاسق لآية واستشهدوا ولقوله ممن ترضون من الشهداء والفاسق ليس بمرضي ولقوله إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا ومروءة ونطق وعدم تهمة فلا تقبل ممن لا مروءة له ولا نطق ولا ممن يتهم كما سيأتي بيانها في كلامه والأصل سالم من تكرار هذه الثلاثة وكذا عدم حجر بسفه قاله الصيمري فلا يقبل من المحجور عليه بسفه لأنه متهم وشرط العدالة اجتناب الكبائر أي كل منها وعدم الإصرار على الصغائر ولو على نوع كما سيأتي

". (١)

" قيل وجوب إتمام الحج والعمرة بالأمر وهو قوله تعالى ! ٢ (٢) ٢ ! قلنا قد أمرنا الله تعالى بإتمام الصوم أيضا بقوله تعالى ! ٢ (٣) ٢ ! من غير فصل بين الفرض والنفل وكذا قوله صلى الله عليه وسلم من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه من غير فصل ذكره في الصحيحين وقوله صلى الله عليه وسلم إلا إن تطوع عقيب قول الأعرابي هل علي غيرهن يدل على ما قلنا لأن الأصل في الاستثناء أن يكون متصلا وما رواه من الحديث الأول قال القرطبي فيه لا يصح هذا الحديث وقال الترمذي في إسناده مقال وكذا الحديث الثاني لا يصح لأن في طريقه جعفر بن الزبير وهو متروك ولئن صحا

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٣٩/٤

(٢) وأتموا الحج والعمرة لله

(٣) ثم أتموا الصيام إلى الليل

فالمراد بالخيار من الحديث الأول نفي **الإجبار** عليه لأن الشارع وإن أمره بالنفل لم يجبره عليه بل اختياره باق فيه إن شاء الله فعل وإن شاء لم يفعل ونظيره قوله تعالى ! ٢ [١] ٢ ! والمراد من الحديث الثاني بيان وقت الشرع فيه لأنه لا يجوز بعد نصف النهار فيكون معناه من أراد أن يصوم تطوعا فهو بالخيار إلى نصف النهار إن شاء شرع فيه وإن شاء لم يشرع كما يقال من دخل على السلطان فليتأهب أي من أراد الدخول عليه قال رحمه الله (ولو بلغ صبي أو أسلم كافر أمسك) يومه قضاء لحق الوقت بالتشبه (ولم يقض شيئا) لأن الصوم غير واجب عليه فيه وقال زفر إذا أسلم الكافر يجب عليه قضاء ذلك اليوم لأن إدراك جزء من الوقت بعد الإسلام كإدراك كله كما في حكم الصلاة وينبغي أن يكون جوابه كذلك في الصبي إذا بلغ ونحن نقول لا يتمكن من أداء الصوم بإدراك جزء من النهار بخلاف الصلاة ولأن السبب في الصلاة الجزء المتصل بالأداء فوجدت الأهلية عنده وفي الصوم الجزء الأول هو السبب والأهلية معدومة عنده وقال أبو يوسف إذا أدركا وقت النية وجب عليهما صوم ذلك اليوم لإمكان تحصيله وإن لم يصوما وجب عليهما القضاء لما قلنا ونحن نقول إن الصوم لا يتجزأ وجوبا كما لا يتجزأ أداء وأهلية الوجوب منعدمة في أوله فلا يجب بخلاف المجنون إذا أفاق في بعض النهار حيث يجب عليه أن يصوم ذلك اليوم ويجب عليه قضاؤه إن لم يصم ويجزيه عن الواجب إن نواه في وقته لأن غير المستوعب منه كالمريض ولهذا يجب عليه قضاء ما مضى ولو نوى الكافر الذي أسلم تطوعا لا يجزيه عن التطوع لأنه ليس من أهل التطوع في أول النهار بخلاف الصبي الذي بلغ ولا فرق بين أن يكون في رمضان أو غيره وقيل في غير رمضان يلزمهما بالشروع فيه نهارا حتى لو أفسداه وجب عليهما قضاؤه واختلفوا في هذا الإمساك قيل إنه مستحب لأنه مفطر فلا يجب عليه الإمساك وقيل واجب لأنه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك يوم عاشوراء حين كان صومه واجبا والصحيح الوجوب لما روينا وعلى هذا الخلاف كل من صار أهلا للصوم في أثناء النهار ولم يكن في أوله كذلك كالحائض إذا طهرت

". [٢]

" رحمه الله (ولا تجبر بكر بالغة على النكاح) وقال الشافعي للأب والجد ولاية **الإجبار** لجهلها بأمر النكاح فأشبهت الصغيرة ولهذا يقبض الأب صداقها ولأن قوله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها

---

(١) فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر

(٢) تبيين الحقائق، ١/٣٣٩

يدل على أن البكر بخلافها فيحمل كل ما ورد من استئذان البكر واستئمارها على الاستحباب ولنا ما بينا وقوله صلى الله عليه وسلم البكر يستأذنها أبوها (١) وقال ابن المنذر ثبت أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا وكيف إذنها يا رسول الله قال تسكت وهو في + (صحيح مسلم) + وردت هذه الأحاديث الصحاح بصيغة الخبر والمراد بها الأمر وهو أقوى وجوه الأمر على ما عرف في موضعه فيكون الاستئذان واجبا كالاستئمار في الثيب وليس في حديثهم ما يدل على اختصاص الأب والجد بذلك بل فيه الثيب أحق بنفسها من وليها فيتناول جميع الأولياء فيكون مفهومه على زعمهم أن جميع الأولياء أحق بنفس البكر منها ولأن هذا الاستدلال باطل لأن المفهوم إذا عارضه المنطوق يقدم المنطوق عليه لكونه أقوى وأحاديثنا تنص على أن البكر تستأذن لا سيما حديث مسلم وهو قوله صلى الله عليه وسلم البكر يستأمرها أبوها نص عليه في موضع الخلاف فلا يعتبر المفهوم معه وأوضح منه قوله صلى الله عليه وسلم الأيم أحق بنفسها من وليها يتناول البكر والثيب لأنه اسم لمن لا زوج لها وهو متفق عليه وإنما يقبض الأب مهرها برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال رحمه الله (فإن استأذنها الولي فسكتت أو ضحكت أو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو إذن) لقوله صلى الله عليه وسلم البكر تستأمر في نفسها فإن سكتت فقد رضيت ولأن جنبة الرضا راجحة فيه لأنها تستحي عن إظهار الرغبة فيه لا عنه والضحك صار رضا دلالة لأنه أدل على الرضا من السكوت فإنه علامة السرور والفرح بما سمعت بخلاف ما إذا بكت فإنه دليل السخط والكراهية وقيل إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا وإذا بكت بلا صوت لم يكن ردا بل حزن على مفارقة أهلها وعليه الفتوى وذكر المرغيناني أن دمعها إن كان باردا يكون رضا وإن كان حارا لا يكون رضا ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه يقع لها به المعرفة لتظهر رغبتها فيه عن رغبتها عنه حتى لو قال لها أريد أن أزوجك من رجل وسكتت لا يكون رضا لعدم العلم به ولو قال لها أزوجك من فلان أو فلان وذكر جماعة فسكتت فهو رضا يزوجها الولي من أيهم شاء وإن قال من جيراني أو من بني عمي إن كانوا جماعة يحصون فهو رضا وإلا فلا ولا يشترط ذكر المهر في الصحيح لأن للنكاح صحة بدونه واختار بعض المشايخ إن كان المزوج هو الأب

١- (رواه مسلم)

". (١)

---

(١) تبيين الحقائق، ١١٨/٢

" معه منزلا فلها النفقة والسكنى لأن النفقة تقابل الاحتباس ولو بدا له أن يستخدمها بعد التبوئة فله ذلك لأن حقه لا يسقط بها كما لا يسقط بالنكاح فإن قيل ينبغي أن يجب لها النفقة وإن لم يبوئها بيت الزوج لأن حبسها بحق كحبسها لاستيفاء المهر قلنا فوات التسليم إلى أن يوفيها المهر جاء من قبله بخلاف ما نحن فيه ولو طلقها بائنا بعد التبوئة تجب لها النفقة والسكنى وقبلها أو بعد الاسترداد لا تجب والمكاتبة في هذا كالحرة لزوال يد المولى عنها قال رحمه الله (وله إجبارهما على النكاح) أي للمولى إجبار العبد والأمة على النكاح ومعنى **الإجبار** هنا أن ينفذ عليهما النكاح بغير رضاهما وقال الشافعي لا إجبار في العبد وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه مبقى على أصل الآدمية فيما هو من خواص الآدمية والنكاح منها ولا يدخل في ملكه إلا ماليته وهي لا تعلق لها بالنكاح فكان أجنبيا عنه في إنكاحه ألا ترى أنه لا يملك الإقرار عليه بالقصاص ولأن يطلق عليه امرأته لما قلنا بخلاف الأمة لأن بضعها مملوك له فيملك تمليكه ولأن إجباره عليه لا يفيد لأن الطلاق بيده فيطلقها من ساعته ولنا أنه مملوكه رقبة ويدا فيملك عليه كل تصرف فيه صيانة ملكه كالأمة وهذا لأنه إنما ملك تزويج الأمة لكونها مملوكة له رقبة ويدا لا لأنه يملك بضعها ولا تأثير لملك البضع فيه ولا لعدمه ألا ترى أنه ليس له أن يزوج امرأته وإن كان يملك بضعها وله أن يزوج ابنته وإن كان لا يملك بضعها فلا تأثير لما ذكره طردا وعكسا وما ذكره في المعنى من أنه مبقى على أصل الآدمية لعدم ملكه فاسد لأنه لو كان كذلك لملكه العبد وهذا لأن ما لا يملكه المولى يملكه العبد كالإقرار بالحدود والقصاص وما لا يملكه العبد يملكه المولى كالإقرار عليه بالمال فعلم بهذا أن قياسه على الطلاق والإقرار بالقصاص باطل وقوله يطلقها من ساعته قلنا كلامنا في جواز تزويجه وبقاء ملكه إلى وجود الطلاق ولأن حشمة المولى تمنعه عن الطلاق ظاهرا ولا يعانده بإيقاع الطلاق وهذا بخلاف المكاتب والمكاتبة لأنهما التحقا بالأجانب بعقد الكتابة ولهذا يستحقان الأرش على المولى بالجناية عليهما وتستحق المكاتبة المهر إذا وطئها المولى فصارا كالحر فلا يجبران على النكاح وإن كانا صغيرين وهذه من أغرب المسائل حيث اعتبر فيها رأي الصغير والصغيرة في تزويجهما حتى قالوا لو زوجهما المولى بغير إذنهما توقف على إجازتهما فإن أديا المال وعتقا لا يعتبر رأيهما ما داما صغيرين بل ينفرد به المولى أو الولي قال رحمه الله (ويسقط المهر بقتل السيد أمته قبل الوطء) وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يسقط اعتبارا بموتها

". (١)

" لو علق المولى عتق العبد بأداء العبد أو بأداء المال صار العبد مأذونا له في التجارة لدلالة حاله على ذلك لأنه حثه على أداء المال ولا يتمكن من ذلك إلا بالاكتساب ولم يرد به الاكتساب بالتكدي لأنه أمارة الخساسة فتعين التجارة لأنها هي المعتادة ولا يصير مكاتبا لأن صيغته التعليق وهو أن يقول إن أديت إلي ألفا فأنت حر أو نحوه فتعليق عتقه بأداء المال كتعليقه بسائر الشروط وهذا لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يبطل بالرد وللمولى أن يبيعه والكتابة توجب المال على العبد بالقبول فيثبت المال له بمقابلة ما حصل للمكاتب من ملك اليد والكسب وهنا لم يجب من المال على العبد شيء لعدم ملك اليد والكسب ثم إن قال إن أديت إلي يقتصر على المجلس وعن أبي يوسف أنه لا يقتصر حتى لو باعه ثم اشتراه وأدى يجبر على القبول ويعتق لأنه تعليق محض فلا يقتصر على المجلس كما في التعليق بسائر الشروط وكما إذا قال متى أديت أو إذا أديت ، وجه الظاهر أن هذا بمنزلة التعليق بمشيئة العبد لتخيره بين الأداء والامتناع ولو قال إن شئت فأنت حر يتوقف به فكذا هذا بخلاف متى وإذا لأنهما للوقت على ما بينا في الطلاق قال رحمه الله (وعتق بالتخلية) ومعنى هذا الكلام أن العبد إذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من قبضه وخلى بينه وبين المال أجبره الحاكم ونزله قابضا بذلك وحكم بعتق العبد قبض أو لا وهو تفسير الإجبار في سائر الحقوق وقال زفر لا يجب على المولى القبول ولا يجبر عليه وهو القياس لأنه تعليق العتق بالشرط ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ويمكنه أن يبيعه قبل الأداء ولا يصير العبد أحق بأكسابه ولو أبرأه المولى لا يعتق ولا يعتبر إبراؤه ولو تبرع به غيره وأدى عنه لم يعتق ولو حط عنه البعض بطلبه وأدى الباقي لم يعتق ولو مات وترك مالا فهو للمولى ولو مات المولى لا يعتبر أداؤه إلى الورثة ولا يتبعه أولاده فإذا كان تعليقا فلا يجبر على الحنث كما إذا علقه بغيره من الشروط فإذا لم يقبل المولى لم يعتق لأن الشرط أداء متصل بقبوله لمكان قوله إلي فلا يتم بفعل العبد وحده بخلاف المكاتب لأن الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فاحتجنا إلى جعل المولى قابضا ليتخلص عن عهدة الوجوب ولنا أن هذا اللفظ باعتبار الصورة تعليق وباعتبار المقصود معاوضة لأنه حثه على اكتساب المال ورغبه في الأداء بما جعل له فيه من العتق وهذا معنى الكتابة وهذا المال عوض من وجه حتى لو طلقها بهذه الصفة كان لازما وكان الطلاق بائنا وما تردد بين أمرين يوفر حظه عليهما فوفرنا عليه حكم التعليق ابتداء في حق تلك الأحكام رعاية للفظ ودفعا للضرر عن المولى ووفرنا عليه حكم الكتابة في الآخرة فأجبرنا المولى على القبول

---

(١) تبيين الحقائق، ٢/١٦٤

دفعا لضرر الغرور عن العبد لأنه لم يتحمل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية نظير الهبة بشرط العوض فإنه جعل هبة ابتداء حتى اعتبر التقابض في العوضين وبطل بالشيوع وجعل تبعا انتهاء حتى يرد بخيار العيب والرؤية عملا بالشبهين ولو أدى البعض يجبر على القبول

" (١).

" بل تحبس حتى تسلم) وقال الشافعي تقتل لما روينا ولأن قتل الرجل لتغليظ جنايته وقد شاركته فيها فتشاركه في جزائها كالقصاص والرجم قلنا المبيح للقتل كفر المحارب بدليل ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه ﴿ نهى عن قتل الكافرات ﴾ بخلاف ما ذكر من القصاص وغيره لأن الحكم فيه معلق بالجناية دون الحراب وجزاء الكفر لا يقام في الدنيا لأنها دار الابتلاء على ما عرف والمراد بالحديث المحارب لنا وإلا لوجب قتل الشخص إذا أسلم لأنه بدل دينه وهو الكفر بالإسلام والذي يدل عليه أن هذا الحديث يرويه ابن عباس رضي الله عنهما ومذهبه أن المرتدة لا تقتل ومن العجب أن الشافعي أوجب القتل على اليهودي إذا تنصر وبالعكس محتجا بهذا الحديث ولا معنى له لأن الكفر كله ملة واحدة وانتقاله من كفر إلى كفر لا يزيده خبثا ولأن فيه أمرا بأن يرجع إلى ما كان فيه من الكفر والأمر بالكفر كفر فلا يجوز وإذا لم تقتل المرتدة تحبس إلى أن تسلم لأنها ارتكبت جريمة عظيمة فتحبس حتى تترك وتخرج منها وتضرب في كل ثلاثة أيام مبالغة في الحمل على الإسلام ولو قتلها قاتل لا يجب عليه شيء للشبهة والأمة يجبرها مولاها لما فيه من الجمع بين الحقين بأن يجعل منزل المولى سجنا لها ويفوض التأديب إليه مع توفير حقه في الاستخدام وقال في الأصل دفعت إليه إذا احتاج إليها والصحيح أنها تدفع إليه احتاج أو لم يحتج طلب أو لم يطلب لأن الحبس تصرف فيها وذاك إلى المولى قال رحمه الله (ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا فإن أسلم عاد ملكه وإن مات أو قتل على ردته ورث كسب إسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين إسلامه وكسب ردته فيء بعد قضاء دين ردته) وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لأن تأثير الردة يظهر في إباحة دمه لا في زوال ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقود ولأنه مكلف فيكون كامل الأهلية وذلك ببقاء ملكه ولأنه لا يمكنه القيام بما كلف به إلا ببقاء ملكه فيبقى ملكه ضرورة التمكين وله أن الملك عبارة عن القدرة والاستيلاء وإنما يكون ذلك باعتبار العصمة وقد زالت عصمة نفسه بالردة لأنه

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/٩٤

يصير بها حربيا حتى يقتل وكذا عصمة ماله لأنه تبع لها ولأنه هالك حكما فصار كالهالك حقيقة غير أنه يدعى إلى الإسلام بالإجبار عليه

---

(١) ".

" مقهور في أيدينا حتى يقتل وكونه حربيا مقهورا سبب لزوال ملكه ومالكيته وبطلان تصرفاته غير أن الإسلام مرجو منه لبقاء الإجبار على الإسلام فقلنا بتوقف تصرفاته لتردد حاله بين القتل والإسلام بخلاف حربي دخل دارنا بغير أمان لأنه صار فيئا بدخوله دارنا بغير أمان ولهذا لا يملكه من أخذه بل يرده إلى بيت المال لأنه كما دخل دارنا وقع في أيدي المسلمين لأن لهم يدا في الدار فيرده إلى مالهم أي المسلمين وبخلاف المقضي عليه بالقود والرجم لأن القتل لم يجب هناك لزوال سبب العصمة . ولهذا لو قتله قاتل غير من له القتل يجب فيه القصاص وإنما هو جزاء على الجناية فلم يوجب خللا فيه وبخلاف المرتدة لأنها لا تقتل فلم يثبت لها حكم أهل الحرب حتى تلتحق بدار الحرب فتصير حربية حينئذ ثم اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لأنها تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك حتى صحت هذه التصرفات من العبد مع قصور ولايته وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والإرث لأنها تعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة والتصرف على ولده الصغير ومال ولده لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما بيناه بدليله قال رحمه الله (وإن عاد مسلما بعد الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه أخذه وإلا لا) أي إن لم يجده فليس له أن يضمنه بعد ما تصرف فيه الوارث وإنما يأخذ عين ماله لأن الوارث كان خلفه لاستغنائه عنه فإذا عاد فظهرت حاجته وبطل حكم الخلف ولو عاد بعد الموت الحقيقي كان حكمه كذلك ثم إنما يعود إلى ملكه بقضاء أو برضا من الوارث لأنه دخل في ملكه بحكم شرعي فلا يخرج عن ملكه إلا بطريقه ولهذا ليس له أن يضمنه بعدما أخرجه عن ملكه أو أتلفه ولا سبيل له على أمهات أولاده ومدبريه لأن القاضي قضى بعتقهن عن ولاية شرعية فلا يمكن نقضه ولو جاء مسلما قبل أن يقضي القاضي بذلك لم يخرج عن ملكه فكأنه لم يزل مسلما ومدبروه وأمهات أولاده على ملكه ونظيره العبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإن عاد بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء وتم الفسخ وإن عاد قبل القضاء به فالبيع صحيح على حاله فكأنه لم يأبق قال رحمه الله (ولو ولدت أمة له نصرانية لستة

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/٢٨٥

أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ، ولو مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب) أما صحة الاستيلاد فلما بينا وأما امتناع الإرث مع ثبوت نسبه منه فلأن الأم إذا كانت نصرانية يكون الولد مرتدا تبعا لأبيه لأنه

---

(١) ".

" عليه الصلاة والسلام ﴿ كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه ﴾ الحديث . رواه البخاري ومسلم وأحمد ﴿ وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت من يموت منهم قال الله أعلم بما كانوا عاملين ﴾ فيكون حجة لأبي حنيفة ومحمد في توقفهما في أطفال المشركين فإذا تبعهما يجبر على الإسلام كما يجبران عليه ولا يقتل تبعا لأبيه لأنه كافر أصلي وليس بمرتد حقيقة فيكون حكمه في القتل حكم الكافر الأصلي وولد الولد يسترق ولا يقتل لما ذكرنا وهل يجبر على الإسلام ففيه روايتان في رواية يجبر رواها الحسن عن أبي حنيفة تبعا لجده وفي رواية لا يجبر لأنه لو أجبر إما أن يجبر تبعا لأبيه ولا وجه له لأن أباه كان تبعا لأبويه والتبع لا يكون له تبع أو تبعا لجده ولا وجه له لأن تبعية الآباء في الدين على خلاف القياس ولا يلحق به الجد ولو ألحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحواء عليهما ،السلام ولم يوجد في ذريتهما كافر غير المرتد وأصل هاتين الروايتين مبني على أن ولد الولد يكون مسلما بإسلام جده أم لا ففي رواية الحسن يكون مسلما فإذا تبعه في الإسلام تبعه في **الإجبار** عليه أيضا وفي رواية لا يتبعه في الإسلام فكذا في **الإجبار** والمسائل التي جعل الجد فيها كالأب أربعة كلها تخرج على الروايتين إحداها هذه والثانية صدقة الفطر إذا كان الجد موسرا فهل تجب عليه صدقة فطر الحافد والثالثة الوصية وهو ما إذا أوصى لأقربائه هل يدخل الجد فيها أو لا والرابعة جر الولاء وهو ما إذا أعتق الجد هل يجر ولاء الحافد إلى مولاه أم لا ففي ظاهر الرواية لا يكون الجد في هذه المسائل كالأب قال رحمه الله (وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه ويجبر عليه ولا يقتل) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام وقال زفر والشافعي ارتداده ليس بارتداد ولا إسلامه بإسلام لأنه يلزمه أحكام يشوبه بها ضرر كحرمان الإرث ولزوم الفرقة بينه وبين امرأته المشركة أو المسلمة وامتناع وجوب نفقته على أبويه أو غيرهما من أقاربه ولأنه تبع لأبويه فلا يجعل أصلا إذ التبعية دليل العجز والأصالة دليل القدرة وبينهما تناف فلا يجتمعان في شخص واحد ولأبي يوسف أن الارتداد من التصرفات الضارة فلا يؤهل له كالطلاق

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/٢٨٨

والعتاق وغيرهما مما تمحض ضررا ولهما ما روي عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال ﴿كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فإذا أعرب عنه لسانه فإما شاكرا وإما كفورا ﴾ رواه أحمد وصحح عليه الصلاة والسلام إيمان علي رضي الله عنه وقد كان آمن صبيا وافتخاره بذلك معروف وكان يقول : سبقتكم إلى الإسلام طرا غلاما ما بلغت أوان حلمي وسقتكم إلى الإسلام قهرا بصارم همتي وسنان عزمي وذكر أبو جعفر أنه أسلم ابن خمس سنين وذكر القتبي أن عمره كان سبع سنين وعن عروة أنه قال أسلم علي وعمره ثمان سنين أخرجه البخاري ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق بالجنان والإقرار باللسان وكذا أتى بحقيقة الكفر وهو الجحود والإنكار ولا مرد للحقائق وهذا لأن الإقرار عن طوع دليل الاعتقاد فلا سبيل إلى رده ولا الحجر عنه لأن الحقائق لا يحجر عنها كما لا يحجر في حق سائر أفعاله حتى وجب عليه

". (١)

" الضمان بإتلافه مال الغير شرعا وفسد صومه بأكله وهو صائم فلا يعذر فيه لأجل صباه والحجر عن الإسلام كفر ولا يليق ذلك بالشارع ولا يمكن رده بضرر يلحقه في الدنيا وما يتعلق به نجاة سرمدية وسعادة أبدية هي من أجل المنافع وهو الحكم الأصلي الذي يترتب على الإسلام ثم يبني عليه غيره فلا يبالي بشوبه لأن المعتبر هو الحكم الموضوع له لا ما يلزمه في ضمنه وقوله تبع لأبويه فلا يجعل أصلا إلخ قلنا إنما جعل تبعا لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار فعله بنفسه بطريق الأصالة مع إبقاء التبعية تحصيل المنفعة بطريقين وذلك أنفع له وإنما يمتنع الجمع بينهما إذا كان بينهما مضادة وأما إذا تأيد أحدهما بالآخر فلا يمتنع ألا ترى أن التبع إذا نوى السفر كالمرأة ونحوها صار مسافرا بنيته وبنية أصله لما قلنا فإن قيل لو صح إسلامه بنفسه لكان ذلك منه فرضا لاستحالة كون الإيمان نفلا بخلاف سائر العبادات فإنها متنوعة بين الفرض والنفل . فإذا صار فرضا لزم أن يكون مخاطبا ولا قائل به فإذا لم يكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف ما إذا جعل مسلما تبعا لأن صفة الفرضية في الأصل مغنية عن اعتباره في التبع ولأنه لو كان عقله معتبرا لوقعت الفرقة بينه وبين امرأته إذا لم يحسن أن يصف الإسلام كالبالغ قلنا إنما لم يكن مخاطبا لرفع الحرج عنه فإذا أداه صح كالمسافر وغيره من أصحاب الأعذار يؤدي الجمعة فإنها تصح وتقع عن الفرض وإن لم تكن الجمعة فرضا عليه وإنما لم تبن زوجته منه إذا لم يحسن الوصف بعدما عقل لبقاء معنى التبعية وفيه توفير المنفعة على ما بينا وقوله لا يقتل يعني إذا أبى أن يسلم بعدما ارتد لأن القتل عقوبة وهو ليس

(١) تبيين الحقائق، ٢٩٢/٣

من أهلها **والإجبار** على الإسلام نفع له فيجبر هذا في صبي يعقل وإن كان لا يعقل لا يصح منه شيء من ذلك لأن إقراره لا يدل على اعتقاده فلا يعتبر وكذا المجنون لما ذكرنا وكذا السكران في الردة دون الإسلام على ما عرف في موضعه ويلحق الساحر بالمرتد قال في المحيط معزيا إلى الفتاوى : الساحر هل يقتل أو تقبل توبته ينظر إن اعتقد أنه خالق لما يفعل فإن تاب عن ذلك وقال الله خالق كل شيء وتبرأ عما اعتقد تقبل توبته ولا يقتل لأنه كافر أسلم وإن لم يتب يقتل لأنه مرتد وقال أبو حنيفة في المجرد إنه يقتل ولا يستتاب ولا يقبل قوله إني أترك السحر وأتوب منه إذا شهد الشهود أنه الآن ساحر أو أقر بذلك وكذلك المرأة الساحرة تقتل لأن عمر رضي الله عنه كتب إلى نوابه أن اقتلوا الساحر والساحرة رواه أحمد وأبو داود والبخاري وعن جندب أنه عليه الصلاة والسلام قال ﴿ حد الساحر ضربة بالسيف ﴾ رواه الدارقطني وقال الترمذي الصحيح أنه موقوف عليه قلنا : الموقوف في مثله محمول على السماع لأنه لا يدرك بالرأي وذكر في المنتقى أنها لا تقتل ولكن تحبس وتضرب كالمرتدة والأول أصح لأن ضرر كفرها وهو السحر يتعدى فتكون ساعية في الأرض بالفساد بخلاف المرتدة والحربية وكذلك الزنديق يقتل ولا تقبل له توبة لما روي عن عكرمة رضي الله عنه أنه قال أتي علي رضي الله عنه بزنادقة فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس رضي الله عنهما فقال لو كنت أنا لم أحرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ من بدل دينه فاقتلوه ﴾ رواه البخاري وغيره والله سبحانه وتعالى أعلم (باب البغاة) قال رحمه الله (خرج قوم مسلمون عن طاعة الإمام وغلبوا على بلد دعاهم إليه) أي إلى العود إلى الجماعة

". (١)

" شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الأصيل هنا فصحت الكفالة به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لأنها محض حق الله تعالى ، والكفالة شرعت وثيقة لصاحب الحق كي لا يفوت حقه ، والله تعالى غني عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص حيث لا يجوز به إجماعا لأنه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل فلا يشرع وله قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ لا كفالة في حد مطلقا ﴾ ولأن الكفالة للاستيثاق ومبناهما على الدرء **فالإجبار** على إعطاء الكفيل فيهما يفضي إلى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تسقط بالشبهات ولو أعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما جاز بالإجماع لأن

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/٢٩٣

تسليم النفس مستحق على الأصيل فتصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود . وألحق التمرتاشي حد السرقة بهما في حق جواز التكفيل بنفس من عليه بالإجماع وفي الإجبار عليه عندهما وأنه جعل ذلك منه لأن الدعوى شرط فيه كما هو شرط فيهما ، والمدعي يحتاج إلى أن يجمع بين شهوده ومطلوبه فربما يخفي المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيره من الحدود لأن الدعوى ليس بشرط فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى إذ لا يسمع دعوى أحد فيها ، فلا تجوز الكفالة بها أصلا وإن طابت بها نفسه وسمحت فإذا لم يكفل عنده يلازمه إلى أن يقوم القاضي من مجلسه ، فإن أقام البينة فبها ، وإلا خلى سبيله وليس تفسير الجبر عندهما هنا أن يجبر بالحبس وغيره من العقوبة لكن يأمره بالملازمة ويدور معه حيث دار ، وإذا أراد دخول داره استأذنه ، فإن أذن له دخل معه ، وإن لم يأذن له منعه من الدخول وأجلسه في باب الدار كي لا يغيب بالخروج من موضع آخر . قال رحمه الله (ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران ، أو عدل) أي لا يحبس في الحدود ، والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران ، أو واحد عدل يعرفه القاضي بالعدالة لأن الحبس هنا لتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فتصلح لإثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات ، والمعاملات فيثبت بشهادة العدل التهمة ، وإن لم يثبت به أصل الحق ، والحبس بتهمة الفساد مشروع لأنه عليه الصلاة والسلام ﴿ حبس رجلا بتهمة ﴾ بخلاف دعوى الأموال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت لأنه نهاية العقوبة فيه ، فلا يثبت إلا بحجة تامة كالحد نفسه وعنهما أنه لا يحبس في الحدود ، والقصاص أيضا لحصول المقصود ، وهو الاستيثاق بالكفالة . قال رحمه الله (وبالمال ولو مجهولا إذا كان دينا صحيحا بكفلت عنه بألف وبمالك عليه وبما يدركك في هذا البيع وما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فلان فعلي) أي تصح الكفالة بالمال ولو كان المكفول به مجهولا بقوله كفلت لأن الكفالة مشروعة فيه عليه إجماع الأمة ، وهي مبنية على

---

(١) ".

" الشهادة بشرط أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الأصلين وهذا استحسان ، والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة عبادة بدنية وجبت على شاهد الأصل وليست بحق للمشهود له بدليل أنه لا تجوز الخصومة فيها ، والإجبار عليها ، والنيابة لا تجري في العبادة البدنية ولأن فيها زيادة احتمال لأن

---

(١) تبيين الحقائق، ١٥٢/٤

الاحتمال فيها في موضعين في الأصول وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار إلى الفروع إلا عند العجز عن الأصول وجه الاستحسان أن الحاجة ماسة إليها إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لموت أو مرض أو بعد مسافة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على شهادة الفروع وعلى شهادة فروع الفروع إلى غير نهاية فصار ككتاب القاضي إلى القاضي قوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص لأنهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا يثبتان بها كما لا يثبتان بشهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية بل أولى لأن في الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق وذكر الناطفي أنها لا تجوز في الوقف ، والصحيح أنها تجوز فيه إحياء له وصونا عن اندراسه وقوله إن شهد رجلان على شهادة شاهدين يعني إن شهد على كل واحد من الشاهدين رجلان لأن كل واحد من الشهادتين قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب على كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو أشهد أحدهما على شهادته رجلين وأشهدهما الآخر بعينهما جاز وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين أشهدهما صاحبه لأن كل شاهدين قائمان مقام أصل واحد فلا يتم حجة للقضاء بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل لا تتم الحجة بشهادتهما ولأن الفرع لما تحمل الشهادة صار شاهدا أو ليس للشاهد أن يشهد على تلك الشهادة غيره ألا ترى أن أحد الأصلين لما كان شاهدا لا يجوز له أن يشهده صاحبه على شهادته مع رجل آخر . وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لأن الفرع قائم مقام الأصل معبر عنه بمنزلة رسوله في إيصال شهادته إلى مجلس القاضي فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الإخبار ، فإن رواية الواحد عن الواحد مقبولة ، ولنا قول علي رضي الله تعالى عنه لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان ولأن شهادة كل واحد من الأصلين حق من جملة الحقوق ، والحق عند القاضي لا يثبت إلا بحجة تامة لأنها ملزمة للقاضي القضاء فلا بد من النصاب ، فإذا تم وشهدا على شهادة أحدهما جاز أن يشهدا على الآخر أيضا لأن الشاهدين يجوز لهما أن يشهدا على قضيات كثيرة بخلاف امرأتين لأن النصاب لم يتم بهما وشطر العلة لم يثبت به شيء لأن المرأتين كرجل واحد وبخلاف ما إذا شهد أحد الأصلين على صاحبه مع رجل آخر لأن شاهد الأصل يعلم الحادثة يقينا فلا يستفيد بإشهاد صاحبه إياه شيئا ولأن معنى الأصالة يقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضي عدم المشاهدة فيتنافيان فلا يجوز ولأن الفرع بدل عن الأصل فلا يتصور أن يكون الشخص الواحد بدلا وأصلا في حالة واحدة ولأن شاهد الأصل يثبت نصف الحق ،

والفرعان نصفه . ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه لأثبت ثلاثة أرباع الحق ولا نظير له في الشرع ولا يقال لو كان

---

(١) ".

" شرب المتخذ من الحبوب أو العسل عندهما خلافا لمحمد رحمهما الله وقوله ، ولو مجهولا كشيء وحق أي ، ولو كان المقر به مجهولا بأن قال علي شيء أو حق يلزمه لأن الحق قد يلزمه مجهولا بأن يتلف مالا أو يجرح جراحة أو يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته ولا أرشها ولا قدرها وهو محتاج إليه لإبراء ذمته بالإيفاء أو التراضي فلا يمنع صحة الإقرار بخلاف الشهادة لأنها لا تجوز إلا بالعلم قال الله تعالى ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ وقال ﴿ عليه الصلاة والسلام إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع ﴾ ولأن الشهادة لا توجب إلا بقضاء القاضي ولا يمكنه القضاء بالمجهول فيبطل إذ لا حاجة للشهود بدون العلم لأنها غير واجبة عليهم وبخلاف الجهالة في المقر له سواء تفاحشت الجهالة بأن قال علي ألف درهم لواحد من الناس أو لم تتفاحش بأن قال علي ألف لأحد هذين لأن المجهول لا يصلح مستحقا إذ لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين المدعى فلا يفيد فائدته هكذا ذكر شمس الأئمة وذكر شيخ الإسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته أنها إذا تفاحشت لا يجوز ، وإن لم تتفاحش جاز لأن صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفي مثله يؤمر بالتذكر لأن المقر قد ينسى صاحب الحق ولا يجبر على البيان لأنه قد يؤدي إلى إبطال الحق عن المستحق والقاضي نصب لإيصال الحق إلى مستحقه لا لإبطاله فصار نظير ما إذا أعتق أحد عبديه ثم نسيه بخلاف جهالة المقر به لأن الإجبار على البيان لا يؤدي إلى إبطال حقه وبخلاف إعتاق أحد العبدين لأن العتق لم ينزل في المحل فلا يؤدي الإجبار إلى إبطال حقه ولأن المقر لهما إذا اتفقا على الأخذ من المقر واصطلحا بينهما أمكن دعواهما فيصح إقراره وقال في الكافي وهو الأصح ولو كان المقر عليه مجهولا بأن قال لك على أحدنا : ألف درهم لا يصح لأن المقضي عليه مجهول ذكره في النهاية قال رحمه الله (ويجبر على بيانه) لأنه لزمه الخروج عما وجب عليه بالإقرار ، وهذا لأن كثيرا من الأسباب يتحقق مع الجهالة كالغصب الوديعة لأن الإنسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده من غير تحر في قدره وجنسه ووصفه فيحمل عليه ما لم يفسر السبب فيصح حتى لو فسره بالبيع أو الإجارة لا يصح إقراره لأن هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/ ٢٣٨

والأصل فيه أنه متى أقر بمجهول ، وأطلق ولم يبين السبب يصح ويحمل على أنه وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة كالغصب ونحوه ، وإن بين السبب ينظر فإن كان سببا لا تضره الجهالة فكذلك وإن كان سببا تضره الجهالة كالبيع والإجارة لا يصح ولا يجبر ، ألا ترى أن القاضي لو رأى إنسانا يبيع شيئا غير معين أو يشتري بشيء من غير تقدير ثمن لا يجبره على الأداء فكذا إذا أقر به ، ولو عاينه يغصب شيئا لا يعرف قدره أو يودعه يأمره بالتسليم إلى صاحبه فكذا إذا أقر به قال رحمه الله (ويبين ما له قيمة) لأنه أخبر عن الواجب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فإذا بينه فيه يكون رجوعا فلا يقبل ، وذلك مثل حبة حنطة أو قطرة ماء أو ما أشبه ذلك لأن مثله لا يجب في الذمة عادة ولا يجري فيه التمانع ، ولو بين في الصبي الحر أو الزوجة لا يصح وقيل : يصح والأول أصح ، وعلى هذا الخلاف لو بينه بجلد الميتة ، وكذا لو أقر بغصب شيء لا يسمع منه إلا إذا بين ما له قيمة لأن لفظ الغصب يدل على أنه يجري فيه

". (١)

" للافتراق قبل قبض أحد العوضين ولا في السلم والصرف لحرمة الاستبدال فيهما وكذا في قضاء الدين جعل المقبوض عين حقه حتى يجري فيه الجبر ولو كان غيره لما جرى إذ لا يجبر أحد على المعاوضة وكذا جاز لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لما جاز وكذا لو كانا اشترياه جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصته من الثمن ولو كان مبادلة لما جاز ومعنى المبادلة في غير المثلي أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين فلا يمكن إجراء الأحكام التي ذكرناها في المثلي إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة بطلب بعضهم لما فيها من معنى الإفراز وفيها تكميل المنفعة ، والمقاصد متقاربة لاتحاد الجنس . وجاز الإجبار عليها لدفع الضرر عنهم ، والمبادلة قد يجري فيها الإجبار دفعا للضرر كالأخذ بالشفعة وقضاء الدين لأن المقبوض ليس عين الدين حقيقة ، وإنما هو بدل عنه وهذا لأن الطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه وأن يمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي أن يجيبه ، وإن كان أجناسا مختلفة لا يجبر عليها لفحش التفاوت في المقاصد فلا يمكن اعتبار الإفراز فيها فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر فيها مع إمكان الوصول إلى حقه ، ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم قال رحمه الله (ويجبر في متحد الجنس عند طلب أحد الشركاء لا في غيره) أي إذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٤

القسمة في متحد الجنس سواء كان من ذوات الأمثال ، أو لا ولا يجبر في غير متحد الجنس كالغنم مع الإبل لما بينا من المعنى . قال رحمه الله (وندب نصب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر) لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث إنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي ولأن منفعته تعود إلى العامة كمنفعة القضاة والمقاتلة والمفتين فتكون كفايته في بيت المال لأنه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء . قال رحمه الله (وإلا نصب قاسم يقسم بأجر بعدد الرءوس) أي إن لم ينصب قاسم رزقه في بيت المال نصب قاسم يقسم بأجر على المتقاسمين لأن النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضي أن يأخذ الأجر على القسمة ، وإن كان لا يجوز له على القضاء ألا ترى أنه لا يفترض عليه أن يقسم بينهم بالمباشرة ، ومباشرة القضاء فرض عليه ، ويقدر له القاضي أجر مثله كي لا يطمع في أموالهم ويتحكم بالزيادة والأفضل أن يرزق من بيت المال لأنه أروج وأرفق بالعامة وأبعد عن تهمة مواضعة القاضي مع القاسم ، وقوله بعدد الرءوس أي تجب عليهم الأجرة على عدد الرءوس ولا تتفاوت بتفاوت الأنصباء وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما يجيء بيانه من قريب إن شاء الله تعالى . قال رحمه الله (ويجب أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة) لأنه من جنس عمل القضاء ، ولأنه لا بد من الاعتماد على قوله ، والقدرة على القسمة وذلك بالأمانة والعلم . قال رحمه الله (ولا يتعين قاسم واحد) لأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم أن يستأجروه ولأن القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء على ما بينا ولا جبر فيهما ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز لما ذكرنا أن فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء فتجوز بالتراضي كسائر المعاوضات والتحكيم إلا إذا كان فيهم صغير لأن تصرفه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه . قال رحمه الله (ولا يشترك القسام) أي يمنعهم القاضي من الاشتراك كي لا يتضرر الناس لأن الأجرة تصير بذلك غالية

". (١)

" أي صاحب الكثير كذا ذكر الخصاف رحمه الله ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والإنصاف فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي أن يجيبه إليه لأنه نصب لإيصال الحقوق إلى أهلها ودفع المظالم ولا يعتبر تضرر الآخر لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك ، وإن لحقه بالمنع ضرر ولو طلب

---

(١) تبيين الحقائق، ٢٦٥/٥

صاحب القليل مع أنه لا ينتفع به لا يجيبه لأنه متعنت في طلب الضرر على نفسه لأن القاضي لا يشتغل بما لا يفيد وذكر الجصاص على عكسه لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره ، والآخر راض بضرر نفسه فيجيبه وذكر الحاكم أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي لأنه إن طلب صاحب القليل القسمة فقد رضي بضرر نفسه ، وإن طلبها صاحب الكثير فقد طلب أن ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد منهما والأصح ما ذكره الخصاف لأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم ، وفي طلب صاحب القليل ذلك ، وقال ابن أبي ليلى : لا يقسم بطلب البعض إلا إذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه لأن المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها والمعتبر فيها المعادلة بينهم في المنفعة ، وإذا أدت القسمة إلى الإضرار بالبعض لم تكن مشروعة لأنها تقع على ضرر فصار كما إذا كان كلهم لا ينتفعون وكما إذا طلب صاحب القليل قلنا إن طالب القسمة يطلب حقه وأن ينتفع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إيصال حقه على ما بينا والضرر الذي يلحقه بمنع الانتفاع بملك الغير لا يعد ضررا فلا يبالى به ولا يمنع الحكم بالعدل كما في سائر المواضع لأن المحكوم عليه لا بد له من الضرر ولو كان ذلك مانعا من الحكم بالعدل لما وصل أحد إلى حقه . قال رحمه الله (ويقسم العروض من جنس واحد) لأن اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية ممكن عن اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزا فيملك القاضي الإجبار عليها قال رحمه الله (ولا يقسم جنسان والجواهر والرقيق والحمام والبئر والرحا إلا برضاهم) أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعتمد التراضي دون جبر القاضي لأن إجباره عليها على اعتبار التمييز وأما الجواهر فلأن جهالتها متفاحشة ألا ترى أنها لا يصلح غير المعين منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع وقيل لا تقسم الكبار منها لفحش التفاوت وتقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل إذا اختلف جنسها لا تقسم ، وإن اتحد تقسم كسائر الأجناس . وأما الرقيق فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تجوز قسمة الرقيق لاتحاد الجنس ، والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الإبل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين وصح تسميته في النكاح مهرا ونحوه ولأبي حنيفة رحمه الله أن التفاوت في الرقيق فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لأن من العبيد من يصلح للأمانة ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغيرها من الصنائع كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشيء منها فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فتعذر الإفراز والتمييز فلا تكون قسمة ، وإنما هي مبادلة ولا جبر عليها بخلاف سائر الحيوانات لأن الانتفاع بها لا يختلف إلا شيئا يسيرا وذلك

مغتفر في القسمة ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه وكذا لو اشترى المضارب عبدين وقيمة كل واحد منهما قدر رأس المال لم يتبين الربح

---

(١) ".

" إذا عزله الموكل لا ينعزل فبعزل غيره أولى أن لا ينعزل . قال رحمه الله (وللوكيل بيعه بغيبة ورثة الراهن) كما كان له حال حياته أن يبيعه بغير حضوره قال رحمه الله (وتبطل بموت الوكيل) حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث ولأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن أبي يوسف رحمه الله أن وصي الوكيل يملك بيعه لأن الوكالة لازمة هنا فيملك الوصي كالمضارب إذا مات والمال عروض يملك وصي المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار عروضا . قلنا الوكالة حق على الوكيل فلا يورث عنه لأن الإرث يجري في حق له لا في حق عليه فوجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب فيورث عنه فيقوم الورثة مقامه فيه ولأن المضارب له ولاية التوكيل في حياته ، فجاز أن يقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالأب في مال الصغير والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد موته ، ولو أوصى إلى رجل ببيعه لم يصح إلا إذا كان مشروطا له في الوكالة فيصح لأنه لازم بوصفه . قال رحمه الله (ولا يبيعه المرتهن أو الراهن إلا برضا الآخر) لأن كل واحد منهما له حق فيه أما الراهن فملكه فلا بد من رضاه ، وأما المرتهن فلأنه أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال رحمه الله (فإن حل الأجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب إذا غاب موكله أجبر عليها) لأن الوكالة بالشرط في عقد الرهن صارت وصفا من أوصاف الرهن فلزمت كلزومه ولأن حق المرتهن تعلق بالبيع ، وفي الامتناع إبطال حقه فيجبر عليه كما في الوكيل بالخصومة إذا غاب موكله والجامع بينهما أن في الامتناع فيهما إبطال حقهما بخلاف الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يبطل حقه ، أما المدعي فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لا يملك البيع بنفسه . وكيفية الإجبار أن يحبسه القاضي أياما ليبيع فإن لج بعد الحبس أياما فالقاضي يبيعه عليه ، وهذا على أصلهما ظاهر ، وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فكذلك عند البعض لأنه تعين جهة لقضاء الدين هنا ولأن بيع الرهن صار مستحقا للمرتهن بخلاف سائر المواضع ، وقيل لا يبيع القاضي عنده كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين ، ثم إذا أجبره على البيع ، وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الإجبار لأن هذا الإجبار وقع على قضاء

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٢٦٩

الدين بأي طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وإنما البيع طريق من طرقه ولأنه إجبار بحق وبمثله لا يكون مكرها فلا يفسد اختياره به ، ولو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن ، وإنما شرطاها بعده قيل لا يجبر لأن التوكيل لم يصر وصفا من أوصاف الرهن ، فكانت مفردة كسائر الوكالات ، وقيل يجبر كي لا يتوى حقه ، وهذا أصح حتى روي عن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد في أنه يجبر على البيع نصا وذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير والأصل **الإجبار** مطلقا من غير تفصيل بين أن تكون الوكالة مشروطة في عقد الرهن أو لم تكن مشروطة فيه يدل على ذلك ، ولو باع العدل خرج من أن يكون رهنا والثمن قائم مقامه فيكون رهنا مكانه ، وإن لم يقبضه بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا بجهة الرهن ، وإذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لأن المالك يستحقه من حيث المالية ، وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن فيه وكذلك لو قتله عبد فدفع به لأنه قائم مقام الأول لحما ودما فيكون رهنا مكانه . قال رحمه الله (وإن باعه العدل وأوفى مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته أو المرتهن ثمنه) وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكا أو قائما ففي الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن لأنه غاصب في حقه بالأخذ والتسليم ، وإن شاء ضمن العدل لأنه

---

(١) ".

"معه وأن تدعه يجامعها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه أن يطأها وهو قول الشافعي رحمه الله لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار ولأبي حنيفة أن للشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر وإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الأملاك المرسلة لأن في الأسباب تزاحما فلا إمكان والله أعلم & باب في الأولياء والأكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بكرا كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا ينعقد إلا بولي وعند محمد

---

(١) تبيين الحقائق، ٨٢/٦

ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا لأن النكاح يراد لمقاصد والتفويض إليهن مخل بها إلا أن محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج وإنما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفء وغير الكفء ولكن للولي الاعتراض في غير الكفء وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز في غير الكفء لأنه كم من واقع لا يرفع ويروي رجوع محمد إلى قولهما ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي رحمه الله له الاعتبار بالصغيرة وهذا لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها

ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية **الإجبار** والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها

قال وإذا استأذنها الولي فسكتت أو ضحكت فهو إذن لقوله عليه الصلاة والسلام البكر تستأمر في نفسها فإن سكتت فقد رضيت ولأن جنبة الرضا فيه راجحة لأنها

---

(١) ".

"وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال لأنا نقول نعم لكن بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية وإنما لا يجوز ذلك بسبب واحد &
باب العتق على جعل

ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فإذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة بخلاف بدل الكتابة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لأنها يسيرة

---

(١) الهداية شرح البداية، ١/١٩٦

قال ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل أن يقول إن أديت إلي ألف درهم فأنت حر ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتبا لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين إن شاء الله تعالى وإنما صار مأذونا لأنه رغبه في الاكتساب بطلبه الأداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان إذنا له دلالة

وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى **الإجبار** فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الإيمان لأنه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لأنه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا أنه تعليق نظرا إلى اللفظ ومعاوضة نظرا إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع

". (١)

"مدة يمكنه التأمل فقدرناها بالثلاثة ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ من غير قيد الإمهال وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولأنه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لإطلاق الدلائل وكيفية توبته أن يتبرأعن الأديان كلها سوى الإسلام لأنه لا دين له ولو تبرأعما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود قال فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لأن الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب

وأما المرتدة فلا تقتل وقال الشافعي رحمه الله تقتل لما روينا ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث إنه جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وإنما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف

---

(١) الهداية شرح البداية، ٢/٦٥

الرجال فصارت المرتدة كالأصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار فتجبر على إيفائه بالحبس كما في حقوق العباد

وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الإسلام حرة كانت أو أمة والأمة يجبرها مولاها أما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل أيام مبالغة في الحمل على الإسلام

قال ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى فإن أسلم عادت إلى حالها قالوا هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه لأنه مكلف محتاج فإلى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا قتل إلا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير أنه مدعو إلى الإسلام **بالإجبار** عليه ويرجى عوده إليه فتوقفنا في أمره فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه

قال وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد

". (١)

"على البزازية ، ولا يمكن التوفيق بحمل ما مر على هذا لأن قوله فللقاضي أن يزوج من الكفء يقتضي سقوط ولاية الأب أصلا فافهم (قوله نحو صبي) أي كمجنون ومعتوه غير أن الصبي خرج بقوله البالغ والمجنون والمعتوه بالعاقل ط .(قوله ووصي) أي ونحو وصي ممن ليس بوارث كعبد وككافر له بنت مسلمة ومسلم له بنت كافرة كما سيأتي ، نعم لو كان الوصي قريبا أو حاكما يملك التزويج بالولاية كما سيأتي في الشرح عند بيان الأولياء (قوله مطلقا على المذهب) أي سواء أوصى إليه الأب بذلك أم لا ، وفي رواية يجوز وكذا سواء عين له الموصى رجلا في حياته أو لا خلافا لما في فتح القدير كما سيأتي (قوله والولاية إلخ) بفتح الواو ، وما ذكره تعريفها الفقهي كما في البحر وإلا فمعناها اللغوي المحبة والنصرة كما في المغرب ، لكن ما ذكره تعريف لأحد نوعيها وهو ولاية **الإجبار** بقرينة قوله وهي هنا نوعان .وأفاد أن المذكور في المتن غير خاص بهذا الباب بل منه ولاية الوصي وقيم الوقف وولاية وجوب صدقة الفطر بناء على أن المراد بتنفيذ القول ما يكون في النفس أو في المال أو فيهما معا ، والمراد في هذا الباب ما

---

(١) الهداية شرح البداية، ٢/١٦٥

يشمل الأول والثالث دون الثاني (قوله تثبت) أي الولاية المذكورة والمراد هنا ولاية **الإجبار** في هذا الباب فقط ففيه شبه الاستخدام ، وإلا فالولاية المعرفة أعم كما علمت ، وحيث كانت أعم فليس المراد بها الثابتة لخصوص الولي المعروف بالبالغ العاقل الوارث حتى يرد أنه ليس في." (١)

"الملك والإمامة إرث ، وحينئذ فلا حاجة إلى التكلف في الجواب بأن المراد بالإرث المأخوذ في تعريف الولي هو أخذ المال بعد الموت من باب عموم المجاز ؛ فالإمام يأخذ مال من لا وارث له ليضعه في بيت المال ، والولي يأخذ كسب عبده المأذون في التجارة بعد موته وإن لم يكن ذلك إرثا حقيقة فإنه كما قال ط لا دليل على هذا المجاز والتعريف يصان عن مثل هذا فافهم .(قوله قرابة) دخل فيها العصبات والأرحام (قوله وملك) أي ملك السيد لعبده أو أمته (قوله وولاء) أي ولاء العتاقة والموالاة كما سيأتي (قوله وإمامة) دخل فيها القاضي المأذون بالتزويج لأنه نائب عن الإمام (قوله شاء أو أبى) احترز به عن ولاية الوكيل (قوله وهي هنا) فيه شبه الاستخدام لأن الولاية المعرفة خاصة بولاية **الإجبار** ، وقيد بقوله هنا احترازا عن الولاية في غير النكاح كما قدمناه (قوله ولاية ندب) أي يستحب للمرأة تفويض أمرها إلى وليها كي لا تنسب إلى الوقاحة بحر وللخروج من خلاف الشافعي في البكر ، وهذه في الحقيقة ولاية وكالة (قوله على المكلفة) أي البالغة العاقلة (قوله ولو بكرا) الأولى أن يقول : ولو ثيبا ليفيد أن تفويض البكر إلى وليها يندب بالأولى لما علمته من علة الندب ، إلا أن يكون مراده الإشارة إلى خلاف الشافعي بقرينة ما بعده أي أنها تندب لا تجب ولو بكرا عندنا خلافا ا.هـ .(قوله ولو ثيبا) أشار إلى خلاف الشافعي فإنه يقول : إن ولاية **الإجبار** منوطة بالبكارة فيزوجها بلا." (٢)

"(قوله وللولي الآتي بيانه) أي في قوله الولي في النكاح العصبة بنفسه إلخ ، واحترز به عن الولي الذي له حق الاعتراض فإنه يخص العصبة كما مر وعن الوصي غير القريب كما مر ويأتي أيضا (قوله إنكاح الصغير والصغيرة) قيد بالإنكاح لأن إقراره به عليهما لا يصح إلا بشهود أو بتصديقهما بعد البلوغ كما سيذكره المصنف آخر الباب ، ولو قال وللولي إنكاح غير المكلف والرقيق لشمل المعتوه ونحوه .[تتمة] : ليس لغير الأب والجد أن يسلم الصغيرة قبل قبض ما تعورف قبضه من المهر ولو سلمها الأب له أن يمنعها أفاده ط وتمامه في البحر .قلت : وليس له تسليمها للدخول بها قبل إطاقة الوطء ولا عبرة للسن كما سيذكره الشارح في آخر باب المهر (قوله ولو ثيبا) صرح به لخلاف الشافعي فإن علة **الإجبار** عنده

---

(١) رد المحتار، ٩/٣٤٤

(٢) رد المحتار، ٩/٣٤٥

البكارة وعندنا العجز بعدم العقل أو نقصانه وتوضيحه في كتب الأصول (قوله كمعتوه ومجنون) أي ولو كبيرين والمراد كشخص معتوه إلخ ، فيشمل الذكر والأنثى .قال في النهر : فللولي إنكاحهما إذا كان الجنون مطبقا ، وهو شهر على ما عليه الفتوى .وفي منية المفتي بلغ مجنونا أو معتوها تبقى ولاية الأب كما كانت فلو جن أو عته بعد البلوغ تعود في الأصح .وفي الخانية زوج ابنه البالغ بلا إذنه فجن قالوا ينبغي للأب أن يقول أجزت النكاح على ابني لأنه يملك إنشاءه بعد الجنون .(قوله ولزم النكاح) أي بلا توقف على إجازة أحد وبلا ثبوت خيار في تزويج الأب والجد والمولى وكذا." (١)

"بهما) كالمجنون والمجنونة إذا كان المزوج لهما غير الأب والجد والابن بأن كان أخا أو عما مثلا .قال في الفتح بعد أن ذكر العصبات : وكل هؤلاء يثبت لهم ولاية الإجبار على البنت والذكر في حال صغرهما أو كبرهما إذا جنا مثلا غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان مطبقا فإذا أفاق فلا خيار له ، وإن زوجه أخوه فأفاق فله الخيار .ا هـ .(قوله بالبلوغ) أي إذا علما قبله أو عنده قهستاني (قوله أو العلم بالنكاح بعده) أي بعد البلوغ بأن بلغا ولم يعلما به ثم علما بعده (قوله لقصور الشفقة) أي ولقصور الرأي في الأم ، وهذا جواب عن قول أبي يوسف إنه لا خيار لهما اعتبارا بما لو زوجهما الأب أو الجد .(قوله ويغني عنه خيار العتق) اعلم أن خيار العتق لا يثبت للذكر بل للأنثى فقط صغيرة أو كبيرة ، فإذا زوجها مولاها ثم أعتقها فلهما الخيار لأنه كان يزول ملك الزوج عليها بطلقتين فصار لا يزول إلا بثلاث ، لكن لو صغيرة لا تخير ما لم تبلغ فإذا بلغت خيرها القاضي خيار العتق لا خيار البلوغ ، وإن ثبت لها أيضا لأن الأول أعم فينظم الثاني تحته ، وقيل لا يثبت لها خيار البلوغ وهو الأصح ، وهكذا ذكره محمد في الجامع لأن ولاية المولى ولاية كاملة لأنها بسبب الملك فلا يثبت خيار البلوغ كما في الأب والجد ، ولو زوج عبده الصغير حرة ثم أعتقه ثم بلغ فليس له خيار بلوغ ولا خيار عتق لأن إنكاح المولى باعتبار الملك لا بطريق النظر له ، بخلاف ما إذا." (٢)

"(قوله وإن أبى الزوج) أي وإن أوفى المهر بتمامه لأن حق المولى أقوى ط .(قوله وله) أي للمولى حيث تم الملك له نهر ، احترازا عن المكاتب ، فإن ملكه فيه ناقص ، فولاية الإجبار في المملوك تعتمد كمال الملك ، وهو كامل في المدبر وأم الولد وإن كان الرق ناقصا ، والمكاتب على عكسهما بحر .(قوله ولو أم ولد) ومثلها المدبر والمدبرة ، وأشار إلى أن القنة كذلك بالأولى ، لكنها داخلة في القن

---

(١) رد المحتار، ٣٨٠/٩

(٢) رد المحتار، ٣٨٩/٩

لإطلاقه عليهما كما مر ، فافهم .(قوله ولا يلزمه الاستبراء) قدمنا في فصل المحرمات أن الصحيح وجوب الاستبراء على السيد إذا أراد أن يزوجها وكان يطؤها ، وأما الزوج فقال في الهداية أنه لا يستبرئها لا استحبابا ولا وجوبا عندهما .وقال محمد : لا أحب أن يطأها قبل أن يستبرئها .ا هـ .ورجح أبو الليث قول محمد ، وتقدم تمام الكلام على ذلك .(قوله فهو من المولى) أي إن ادعاه في القنة والمدبرة ولم ينفه عنه في أم الولد ط .قلت : وهذا إذا زوجها غير عالم ، لما قدمناه في المحرمات عن التوشيح من أنه ينبغي أنه لو زوجها بعد العلم قبل اعترافه به أنه يجوز النكاح ويكون نفيا .(قوله والنكاح فاسد) فلا يلزم المهر إلا بوطء الزوج ط .(قوله وإن لم يرضيا) أشار إلى ما في القهستاني وغيره من أن المراد **بالإجبار** تزويجهما بلا رضاهما لا إكراههما على الإيجاب والقبول كما قيل .ا هـ .فافهم .(قوله لا مكاتبة ومكاتبته) لأنهما التحقا بالأجانب بعقد الكتابة ، ولهذا يستحقان." (١)

"(قوله ولو أقام عند واحدة شهرا) أي قبل الخصومة أو بعدها خانية (قوله في غير سفر) أما إذا سافر بإحداهما ليس للأخرى أن تطلب منه أن يسكن عندها مثل التي سافر بها ط عن الهندية (قوله وهدر ما مضى) فليس لها أن تطلب أن يقيم عندها مثل ذلك ط عن الهندية .والذي يقتضيه النظر أن يؤمر بالقضاء إذا طلبت لأنه حق آدمي وله قدرة على إيفائه فتح : وأجاب في النهر بما ذكره الشارح من التعليل .قال الرحمتي : ولأنه لا يزيد على النفقة وهي تسقط بالمضي (قوله لأن القسمة تكون بعد الطلب) علة لقوله هدر ما مضى ، وقدمنا عن البدائع أن سبب وجوب القسم عقد النكاح ولهذا يأثم بتركه قبل الطلب وهذا يؤيد بحث الفتح .وقد يجاب بأن المعنى أن **الإجبار** على القسمة من القاضي يكون بعد الطلب وإلا لزم أنها لو طالبته بها ثم جار يلزمه القضاء .وهو مخالف لما قدمناه عن الخانية من قوله قبل الخصومة أو بعدها ، وكذا تعليل المسألة في البزازية وغيرها بأن القسم لا يصير دينا في الذمة فإنه يشمل ما بعد الطلب (قوله بعد نهي القاضي) أفاد أنه لا يعزر بالمرة الأولى وبه صرح في البحر ط (قوله عزر بغير حبس) بل يوجعه عقوبة ويأمره بالعدل لأنه أساء الأدب وارتكب ما هو محرم عليه وهو الجور معراج ، وهذا مستثنى من قولهم إن للقاضي الخيار في التعزير بين الضرب والحبس بحر قلت : ومثله ما لو امتنع من الإنفاق على قريبه (قوله لتفويته الحق) الضمير للحبس ح ويؤيده." (٢)

---

(١) رد المحتار، ١٠/٢٢٨

(٢) رد المحتار، ١٠/٣٥٢

"(وللأب إجبار أمته على فطام ولدها منه قبل الحولين إن لم يضره) أي الولد (الفطام) ، (كما له) أيضا (إجبارها) أي أمته (على الإرضاع ، وليس له ذلك) يعني **الإجبار** بنوعيه (مع زوجته الحرة) ولو (قبلهما) لأن حق التربية لها جوهرةs." (١)

"(قوله وللأب إجبار أمته إلخ) لأنها لا حق لها في التربية في حال رقها .بل الحق له لأنها ملكه ، وكذا الحكم في ولدها من غيره لأنه ملك له رحمتي .قلت : والظاهر أن للمولى إجبارها أيضا وإن شرط الزوج حرية الأولاد لأن الرضاع يهزلها ويشغلها عن خدمته (قوله على الإرضاع) الإطلاق شامل لولده منها أو من غيرها ولولد أجنبي بأجرة أو بدونها لأن له استخدامها بما أراد (قوله بنوعيه) أي **الإجبار** على الفطام وعلى الإرضاع (قوله مع زوجته الحرة) أما زوجته الأمة فالحق لسيدها وإن شرط الزوج حرية الأولاد فيما يظهر كما ذكرناه آنفا فافهم (قوله ولو قبلهما) أي قبل الحولين ، وهذا التعميم المستفاد من زيادة " لو " صحيح بالنسبة إلى عدم **الإجبار** على الرضاع : أي ليس له إجبارها عليه في القضاء ما لم تتعين لذلك في المدة بأن لم يأخذ ثدي غيرها أو لم يكن للأب ولا للصغير مال كما سيأتي في الحضانة و النفقة ، أما بالنسبة إلى النوع الآخر وهو عدم **الإجبار** على الفطام فإنما يصح قبل الحولين ، وأما بعدهما فالظاهر أنه يجبرها على الفطام ، لما أن الإرضاع بعدهما حرام على القول بأن مدته الحولان تأمل ح بزيادة .قلت : وما استظهره مبني على ظاهر كلام المصنف السابق ، وقدمنا الكلام فيه." (٢)

"(قوله : وعلى القاضي إلزامه به) اعترض بأنه لا فائدة للإجبار على التكفير إلا الوطء ، والوطء لا يقضى به عليه إلا مرة واحدة في العمر كما مر في القسم ، وهذا لو صار عنينا بعدما وطئها مرة لا يؤجل قال الحموي : وفرض المسألة فيما إذا لم يطأها قبل الظهار أبدا بعيد .وقد يقال فائدة **الإجبار** على التكفير رفع المعصية ا هـ أي إن الظهار معصية حاملة له على الامتناع من حقها الواجب عليه ديانة فيأمره برفعها لتحل له كما يأمر المولي من امرأته بقربانها في المدة ، أو يفرق بينهما ، فإن لم يقربها بانت منه لدفع الضرر عنها (قوله : بحبس ، أو ضرب) أي بحبسه أولا ، فإن أبى ضربه كما في البحر (قوله : ولو قيده بوقت إلخ) فلو أراد قربانها داخل الوقت لا يجوز بلا كفارة بحر .والظاهر أن الوقت إذا كان أربعة أشهر فأكثر أنه لا يكون إيلاء لعدم ركنه وهو الحلف ، أو التعليق بمشق ط وهو ظاهر .وفي الزيلعي في غير هذا المحل : وقول من قال " إن الظهار يمين " فاسد لأن الظهار منكر من القول وزور محض واليمين

---

(١) رد المحتار، ٣٧٢/١٠

(٢) رد المحتار، ٣٧٣/١٠

تصرف مشروع مباح ا هـ ثم رأيت في كافي الحاكم ولا يدخل على المظاهر إيلاء وإن لم يجامعها أربعة أشهر .ا هـ .(قوله : بخلاف مشيئة فلان) فإنها لا تبطله بل إن شاء فلان في المجلس كان ظهارا كما في النهر ح .." (١)

"وتصح الرسالة في الاستقراض ؛ لأن الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه ، ويصح التوكيل بالإقراض وبقبض القرض كأن يقول لرجل أقرضني ثم يوكل رجلا بقبضه فإنه يصح ا هـ .قلت : وحاصله : أن التوكيل بالقرض أو بقبضه صحيح لا بالاستقراض ، بل لا بد من إخراجه مخرج الرسالة ليقع الملك للآمر وإلا وقع للمأمور ، ولا يخفى أن هذا ليس خاصا بالاستقراض ، بل النكاح مثله وكذا الاستعارة كما سنذكره .مطلب حلف لا يتزوج (قوله في النكاح) فلو حلف لا يتزوج فعقده بنفسه ، أو وكل فعقد الوكيل حنث ، وكذا لو كان الحالف امرأة فلو حلفت ، وأجبرت ممن له ولاية **الإجبار** ، ينبغي أن لا تحنث كما لو جن فزوجه أبوه كارها ، ولو صار معتوها فزوجه أبوه لا يحنث كذا لو كان التوكيل قبل اليمين نهر عن شرح الوهبانية .قلت : وسيأتي متنا آخر الباب الآتي ما لو حلف لا يتزوج فزوجه فضولي أو زوجه فضولي ثم حلف لا يتزوج ا هـ مطلب حلف لا يزوج عبده (قوله لا الإنكاح) أي التزويج ، فلا يحنث به إلا بمباشرته وهذا في الولد الكبير أو الأجنبي لما في المختار وشرحه حلف لا يزوج عبده أو أمته يحنث بالتوكيل والإجازة لأن ذلك مضاف إليه متوقف على إرادته لملكه وولايته وكذا في ابنه وبنته الصغيرين لولايته عليهما وفي الكبيرين ، لا يحنث إلا بالمباشرة لعدم ولايته عليهما فهو كالأجنبي عنهما فيتعلق بحقيقة الفعل ا هـ ومثله في الزيلعي والبحر في آخر الباب." (٢)

"ظهروا عليها وصارت بلد إسلام صارت الغنيمة محرزة بدارنا ، ويتأكد الحق فتصح القسمة كما يأتي التنبيه عليه قريبا (قوله فتحل) عبر بالحل وفيما قبله بالصحة ؛ لأنه ليس المراد هنا قسمة التمليك بل الإيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرجعها منهم ويقسمها كما في الجوهرة وغيرها فليست قسمة حقيقة حتى توصف بالصحة (قوله حمولة) بفتح الحاء كل ما احتمل عليه من حمار وغيره سواء كانت عليه الأحمال أو لم تكن .ا هـ .ح (قوله روايتان) قال في الفتح : والأوجه أنه إن خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا ، وإن لم يخف قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب ؛ لأنها تصح للحاجة وفيه إسقاط الإكراه وإسقاط الأجرة ا هـ وقوله : يفعل هذا أي جبرهم بأجر المثل (قوله فإذا تعذر) أي القسم للإيداع

(١) رد المحتار، ١٢/٢١١

(٢) رد المحتار، ١٤/٣٦٥

بسبب عدم الإجبار على إحدى الروايتين أو لم يوجد عندهم حمولة على الرواية الأخرى قسمها بينهم حينئذ .ا هـ .ح." (١)

") أي بنفسه إلى مفعولين (قوله : وبمن للتأكيد) كبعت من زيد الدار ، وظاهر الفتح أنها للتعدية ؛ لأنه قال : ويتعدى بنفسه وبالحرف (قوله : وباللام) أي قليلا .وعبارة ابن القطاع على ما في المصباح : وربما دخلت اللام مكان من ، تقول : بعتك الشيء وبعت لك فهي زائدة .ا هـ .(قوله : يقال بعتك الشيء) مثال للمتعدي بنفسه وترك مثال التعدي بمن (قوله : وباع عليه القاضي) أفاد أنه يتعدى بعلى أيضا في مقام الإجبار والإلزام (قوله : مبادلة شيء) مصدر مضاف إلى مفعوله الأول والفاعل محذوف ، والأصل أن يتبادل المتبايعان شيئا مرغوبا فيه بمثله ، فشيئا مفعول أول وبمثله مفعول ثان بواسطة الحرف فافهم .(قوله : مرغوب فيه) أي ما من شأنه أن ترغب إليه النفس وهو المال ؛ ولذا احترز به الشارح عن التراب والميتة والدم فإنها ليست بمال ، فرجع إلى قول الكنز والملتقى : مبادلة المال بالمال ؛ ولذا فسر الشارح كلام الملتقى في شرحه بقوله : أي تمليك شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه ، فقد تساوى التعريفان فافهم ، نعم زاد في الكنز بالتراضي .مطلب في بيع المكره والموقوف وأورد عليه أنه يخرج بيع المكره مع أنه منعقد ، وأجاب في شرح النقاية بأن من ذكره أراد تعريف البيع النافذ ، ومن تركه أراد الأعم ، واعترضه في البحر بأن بيع المكره فاسد موقوف لا موقوف فقط كبيع الفضولي كما يفهم من كلام شارح النقاية .قلت : لكن قدمنا أن الموقوف من قسم الصحيح ، ومقتضاه أن بيع المكره." (٢)

"(لا) يكره (بيع من يزيد) لما مر ويسمى بيع الدلالة (ولا يفرق) عبر بالنفي مبالغة في المنع ﴿ للعنه عليه الصلاة والسلام من فرق بين والد وولده وأخ وأخيه ﴾ رواه ابن ماجه وغيره عيني .وعن الثاني فساده مطلقا ، وبه قال زفر والأئمة الثلاثة (بين صغير) غير بالغ (وذي رحم محرم منه) أي محرم من جهة الرحم لا الرضاع كابن عم هو أخ رضاعا فافهم .(إلا إذا كان) التفريق بإعتاق وتوابعه ولو على مال ، أو ببيع ممن حلف بعتقه ، أو كان المالك كافرا لعدم مخاطبته بالشرائع ، أو متعددا ولو الآخر لطفله أو مكاتبه فلا بأس به ، أو تعدد محارمه فله بيع ما سوى واحد غير الأقرب والأبوين والملحق بهما فتح ، أو (بحق مستحق) كخروجه مستحقا ، و (كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين) أو بإتلاف مال الغير (ورده بعيب) ؛ لأن النظر في دفع الضرر عن الغير لا في الضرر بالغير (بخلاف الكبيرين والزوجين) فلا

---

(١) رد المحتار، ١٥/٤٨٣

(٢) رد المحتار، ١٨/١٩٢

بأس به خلافا لأحمد ، فالمستثنى أحد عشر .(وكما يكره التفريق ببيع) وغيره من أسباب الملك كصدقة ووصية (يكره) بشراء إلا من حربي ابن ملك ، و (بقسمة في الميراث والغنائم) جوهرة .اعلم أن فسخ المكروه واجب على كل واحد منهما أيضا بحر وغيره لرفع الإثم مجمع .وفيه : وتصحح شراء كافر مسلما ومصحفا مع الإجبار على إخراجهما عن ملكه وسيجيء في المتفرقات .s." [1]

".ويزاد أيضا ما في الفتح حيث قال : ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط إذا كان للذمي عبد له امرأة أمة ولدت منه وأسلم العبد وولده صغير فإنه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وإن كان تفريقا بينه وبين أمه ؛ لأنه يصير مسلما بإسلام أبيه فهذا تفريق بحق (قوله إلا من حربي) ؛ لأن مفسدة التفريق عارضها أعظم منها كما قدمناه (قوله أيضا) أي كما في البيع الفاسد ، وقدمنا عن الدرر أنه لا يجب فسخه ، وما ذكره الشارح عزاه في الفتح أول باب الإقالة إلى النهاية ثم قال وتبعه غيره وهو حق ؛ لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان ا هـ .قلت : ويمكن التوفيق بوجوبه عليهما ديانة .بخلاف البيع الفاسد ، فإنهما إذا أصرا عليه يفسخه القاضي جبرا عليهما .ووجهه أن البيع هنا صحيح ويملك قبل القبض ويجب فيه الثمن لا القيمة ، فلا يلي القاضي فسخه لحصول الملك الصحيح (قوله مجمع) عبارته : ويجوز البيع ويأثم .ا هـ وليس فيه ذكر الفسخ (قوله مسلما) أي رقيقا مسلما ط (قوله مع الإجبار إلخ) أي لرفع ذل الكافر عن المسلم ولحفظ الكتاب عن الإهانة ط ، والله سبحانه أعلم .." [2]

"(قوله ويجبر على بيعه) ولو اشتراه من كافر مثله شراء فاسدا أجبر على رده لأن دفع الفساد واجب حقا للشرع ثم يجبر البائع على بيعه بحر (قوله أجبر وليه) وينبغي أن عقد الصغير في هذا لا يتوقف على الإجارة نهر : أي لعدم فائدته لأنه إذا أجازه وليه أجبر أيضا على بيعه ، وقد يقال إنه قد يسلم قبل إجبار وليه فيبقى على ملكه فكان للإجازة فائدة (قوله وكذا لو أسلم عنده) في بعض النسخ عبده بالباء بدل النون وأفاد أنه لا فرق بين كون العبد مسلما وقت الشراء أو بعده (قوله ويتبعه طفله) أي لو أسلم وله ولد غير بالغ يتبعه في الإسلام والإجبار على بيعه معه (قوله فإن عجز) أي المكاتب (قوله أجبر) أي الكافر على بيعه ومفهومه أنه لا يجبر ما دام عقد الكتابة وهو ظاهر ، لأن المكاتب لا يجوز بيعه (قوله من عادته شراء المردان) عبارة النهر عن المحيط الفاسق المسلم إذا اشترى عبدا أمرد وكان من عادته اتباع المرد أجبر على بيعه دفعا للفساد ا هـ .وعن هذا أفتى المولى أبو السعود بأنه لا تسمع دعواه على أمرد ، وبه أفتى

---

(١) رد المحتار، ١٩/٣٨٧

(٢) رد المحتار، ١٩/٣٩٣

الخير الرملي والمصنف أيضا (قوله يؤمر بإرساله) ولا يصح بيعه ومر بيان ذلك كله في الحج (قوله ولو أسلم مقرض الخمر سقطت) لتعذر قبضها فصار هلاكها مستندا إلى معنى فيها ، وفي البيع لو أسلما أو أحدهما قبل القبض انتقض البيع أي ثبت حق الفسخ لتعذر القبض بالإسلام ، فصار كما لو أبق المبيع وتمامه في البحر (قوله فراويتان) أي." (١)

"(قوله وقسم عروض اتحد جنسها) لأن القسمة تميز الحقوق وذلك ممكن في الصنف الواحد كالإبل أو البقر أو الغنم أو الثياب أو الدواب أو الحنطة أو الشعير يقسم كل صنف من ذلك على حدة جوهرة (قوله بعضهما في بعض) أي بإدخال بعض في بعض ، بأن أعطي أحدهما بعيرا والآخر شاتين مثلا جاعلا بعض هذا في مقابلة ذاك درر (قوله فتعتمد التراضي إلخ) لأن ولاية **الإجبار** للقاضي تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة درر (قوله ولا الرقيق) لأن التفاوت في الآدمي فاحش فلا يمكن ضبط المساواة ، لأن المعاني المقصودة منه : العقل والفطنة والصبر على الخدمة والاحتمال والوقار والصدق والشجاعة والوفاق وذلك لا يمكن الوقوف عليه فصاروا كالأجناس المختلفة ، وقد يكون الواحد منهم خيرا من ألف من جنسه قال الشاعر : ولم أر أمثال الرجال تفاوتا إلى الفضل حتى عد ألف بواحد بخلاف سائر الحيوانات لأن تفاوتها يقل عند اتحاد الجنس ، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد جوهرة (قوله وحده) اعلم أنه إذا كان مع الرقيق دواب أو عروض أو شيء آخر قسم القاضي الكل في قولهم وإلا فإن ذكورا أو إناثا فكذلك عنده ، وإن ذكورا وإناثا فلا إلا برضاهم .والحاصل أن عند أبي حنيفة لا يجوز الجبر على قسمة الرقيق إلا أن يكون معه شيء آخر هو محل لقسمة الجمع كالغنم والثياب فيقسم الكل قسمة جمع .وكان أبو بكر الرازي يقول : تأويل هذه المسألة أنه يقسم برضا الشركاء فأما مع." (٢)

"(قوله أو يعطي كفيلا) أي حاضرا في المجلس فقبل ، فلو لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا فسد العقد ، ولو حضر الكفيل وقبل أو اتفقا على تعيين الرهن أو نقد المشتري الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز زيلعي ملخصا (قوله ولا يجبر المشتري) أي على دفع الرهن .وأما الكفيل فقد علمت أن الشرط حضوره وقبوله في المجلس فلا يتأتى فيه الامتناع **والإجبار** تأمل .(قوله لما مر) أي أول الرهن أنه غير لازم بمجرد الإيجاب والقبول قبل القبض ، حتى لو عقد الرهن لا يجبر

---

(١) رد المحتار، ٣٠٣/٢٠

(٢) رد المحتار، ٢٠/٢٦

على التسليم فلا يجبر بمجرد الوعد بالأولى (قوله لفوات الوصف المرغوب) لأن الثمن الذي به رهن أوثق مما لا رهن به فصار الرهن صفة للثمن وهو وصف مرغوب فله الخيار بفواته ، وتمامه في غاية البيان (قوله لحصول المقصود) فإن المقصود من الرهن قيمته لا عينه (قوله وقد أعطاه) الضمير المستتر للمشتري والبارز للبائع (قوله شيئا غير مبيعه) الأولى حذفه ليحسن التعميم في قول المصنف الآتي : ولو كان المبيع ، فإن " لو " فيه وصلية ، ولا يجمع بين ما بعدها وبين نقيضه ، فلا يقال أكرمك إن جئتني ولو لم تجئني (قوله لتلفظه بما يفيد الرهن) وهو الحبس إلى إيفاء الثمن (قوله والعبرة) أي في العقود للمعاني ، ولهذا كانت الكفاية بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة إتقاني (قوله خلافا للثاني والثلاثة) لأنه يحتمل الرهن والإيداع والثاني أقلهما." (١)

"(قوله إلا إذا كان مشروطا له) بأن قال له في أصل الوكالة وكلتك ببيعه وأجزت لك ما صنعت به من شيء فحينئذ لوصيه بيعه ، ولا يجوز لوصيه أن يوصي به إلى ثالث إتقاني .[فرع] وكل العدل وكيلا فباعه ، إن بحضرة العدل جاز وإلا فلا إلا أن يجيزه ولو باع العدل بعض الرهن بطل في الباقي هندية .أي فسد للشيوع الطارئ (قوله ولا يملك إلخ) أي بعد موت العدل كما رأيته بخط بعض العلماء وهو مقتضى السياق لكنه ليس للاحتراز (قوله فإن حل الأجل إلخ) تقدمت هذه المسألة قريبا (قوله وغاب الراهن) أي أو وارثه بعد موته وأبى الوكيل أن يبيعه أجبر بالاتفاق ، وفيه رمز إلى أنه لو حضر الراهن لم يجبر الوكيل بل أجبر الراهن ، فإن أبى باعه القاضي عندهما ولم يبع عنده قهستاني : قال الرملي : وهذا فرع الحجر على الحر ، وتقدم في الحجر أن قولهما به يفتى ا هـ .قلت وفي البزازية : وقيل هذا قول الكل لتقدم الرضا منه على البيع وهو الصحيح (قوله أجبر) لتعلق حق المرتهن به (قوله كما هو الحكم في الوكيل بالخصومة) يعني بطلب المدعي .قال الأتقاني : المدعي إذا طالب خصمه عند القاضي بوكيل فنصب له وكيلا لم يجز للموكل عزله ، لأن حق الخصم تعلق بهذه الوكالة حين ثبتت بمطالبته ، ولو كان وكله ابتداء من غير مطالبة جاز عزله (قوله بأن يحبسه) تصوير لقوله أجبر الوكيل .وفي بعض النسخ وكيفية الإجبار بأن يحبسه (قوله فإن لج) بالجيم .قال في المصباح لج في الأمر لججا." (٢)

"-----وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله: أن الجارية إن كانت نفيسة فالبيع جائز؛ لأن الحبل منها عيب، وإن كانت خسيسة بحيث يشتري ليتخذ ظئرا فالعقد فاسد؛ لأن الحبل في

---

(١) رد المحتار، ٣٦٣/٢٧

(٢) رد المحتار، ٣٩٦/٢٧

مثلها يعد زيادة، وإذا اشترى جارية على أنها تحيض، فوجدها لا تحيض لسبب الإياس كان له الرد؛ لأنه اشتراها للحبل، والآيسة لا تحبل.ولو اشترى جارية على أن البائع لم يكن يطأها، ثم ظهر أنه قد كان وطئها ليس له أن يردها، وإذا باع جارية على أنها مغنية، أو باع قمريا أو غيره، وشرط أنه يضع، أو طيرا بشرط أن يجيء من المواضع البعيدة، أو كبشا نطاحا، أو ديكا مقاتلا، فالبيع فاسد، في قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن محمد؛ لأن هذه الجهات محظورة لكونها جهات محظورة فإدخالها في البيع يوجب فساد البيع.وإن صياح القمري وصياح الديك وأشباه ذلك عسى لا يوجد، والإجبار عليه غير مكن، فكان المشروط شيئا لا يقدر على تسليمه، فيوجب فساد البيع.وروي عن محمد: إنه إذا باع قمريا على أنها تصوت فصوتت جاز؛ لأن هذه خلقة فيها، فيمكن تسليم المشروط، فلهذا قال على هذه الرواية في المحرم: إذا قتل القمرية المصوتة إنه يضمن قيمتها مصوتة بخلاف ما لو قتل صيدا يجيء من المواضع البعيدة، فإن هناك لا يعتبر قيمة الصفة في الضمان؛ لأن ذلك ليس بخلقة هكذا ذكر القدروي.وذكر في «المنتقى»: عن محمد: إذا باع فاختة أو قمرية على أنها تصوت، ولم يكن يذكر فصوتت، وأجاب بأنه يجوز، وذكر في «المنتقى» عن محمد: فيما إذا اشترى حمامة يجيء من الصالحين أن شريحا ضمنه حمامة يجيء من الصالحين وأنا ضمنه مثل ذلك ولا أجوزه في البيع، وإذا باع بازيا على أنه يصيد قال أبو يوسف: البيع جائز، وعن محمد روايتان، وإذا باع جارية على أنها مغنية على وجه التبري من العيب فهو جائز؛ لأنها كونها مغنية عيب فالتبري عن العيب في البيع لا يفسد البيع.." (١)

"يعودون والمناسب التعبير بأو العاطفة بدل أي التفسيرية لأن تفسير العود بالعزم على استباحة الوطء مبني على أن الآية على تقدير مضاف أي يعودون لضد أو لنقض ما قالوا كما مر وهذا تفسير آخر مبني على ما نقله عن الفراء تأمل قوله (وعلى القاضي إلزامه به) اعترض بأنه لا فائدة للإجبار على التكفير إلا الوطء والوطء لا يقضي به عليه إلا مرة واحدة في العمر كما في القسم ولهذا لو صار عنينا بعد ما وطئها مرة لا يؤجل قال الحموي وفرض المسألة فيما إذا لم يطأها قبل الظهار أبدا بعيد وقد يقال فائدة الإجبار على التكفير رفع المعصية ا هـ أي أن الظهار معصية حاملة له على الامتناع من حقها الواجب عليه ديانة فيأمره برفعها لتحل له كما يأمر المولى من امرأته بقربانها في المدة أو يفرق بينهما فإن لم يقر بها بانت منه لدفع كلاهما عنها قوله (بحبس أو ضرب) أي بحبسه أو لا فإن أبى ضربه كما في البحر قوله (ولو قيده بوقت الخ) فلوأراد قربانها انظر الوقت لا يجوز بلا كفارة بحر والظاهر أن الوقت إذا كان أربعة أشهر فأكثر

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦/٤٢٩

أنه لا يكون إيلاء لعدم ركنه وهو الحلف أو التعليق كالصمم ط وهو ظاهر وفي الزيلعي في غير هذا المحل وقول من قال إن الظهار يمين فاسد لأن الظهار منكر من القول وزور محض واليمين يطلق مشروع مباح ا هـ ثم رأيت في كافي الحاكم ولا يدخل على المظاهر إيلاء وإن لم يجامعها أربعة أشهر ا هـ قوله (بخلاف مشيئة فلان) فإنها لا تبطله بل إن شاء فلان في المجلس كان ظهارا كما في النهر ح قوله (وإن نوى الخ) بيان لكنايات الظهار وأشار إلى أن صريحه لا بد فيه من ذكر العضو بحر قوله (لأنه كناية) أي من كنايات الظهار والطلاق قال في البحر وإذا نوى به الطلاق كان بائنا كلفظ الحرام وإن نوى فهو إيلاء عند أبي يوسف وظهار عند محمد والصحيح أنه ظهار عند الكل لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه ا هـ ونظر فيه في الفتح بأنه إنما يتجه في أنت علي حرام كأمي والكلام في مجرد أنت كأمي ا هـ أي بدون لفظ حرام قلت وقد يجاب بأن الحرمة مرادة وإن لم تذكر صريحا هذا وقال الخير الرملي وكذا لو نوى الحرمة المجردة ينبغي أن يكون ظهارا وينبغي أن لا يصدق قضاء في إرادة البر إذا كان في حال المشاجرة وذكر الطلاق ا هـ قوله (حذف الكاف) بأن قال أنت أمي ومن بعض الظن جعله من باب زيد أسد در منتقى عن القهستاني قلت ويدل عليه ما نذكره عن الفتح من أنه لا بد من التصريح بالأداة قوله (لغا) لأنه مجمل في حق التشبيه فما لم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشئ فتح قوله (ويكره الخ) جزم بالكراهة تبعا ل البحر والنهر والذي في الفتح وفي أنت أمي لا يكون مظاهرا وينبغي أن يكون مكروها فقد صرحوا بأن قوله لزوجته يا أخية مكروه وفيه حديث رواه أبو داود أن رسول الله سمع رجلا يقول لامرأته يا." (١)

"بالتفريق فيلحقهما الوحشة فكان التفريق إضرارا بهما بإلحاق الوحشة وكذا بين الصغيرين لأنهما يأتلفان ويسكن قلب أحدهما بصاحبه فكان التفريق بينهما إيحاشا بهما فكره ولأن الصبا من أسباب الرحمة

قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا

وفي التفريق ترك الرحمة فكان مكروها

ثم الكلام في كراهة التفريق في مواضع في بيان شرائط الكراهة وفي بيان ما يحصل به التفريق وفي بيان صفة ما يحصل به التفريق أنه جائز أم لا

أما شرائط الكراهة فمنها صغر أحدهما وهو أن يكون أحدهما صغيرا أو يكونا صغيرين فإن كانا كبيرين لا يكره التفريق بينهما لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يجتمع عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣/٥١٦

مد عليه الصلاة والسلام النهي عن التفريق إلى غاية البلوغ فدل على اختصاص الكراهة بحالة الصغر وزوالها بعد البلوغ ولأن الكراهة معلولة بالإضرار بزوال الاستئناس والشفقة وترك الرحم

وكل ذلك يختص بحالة الصغر

ومنها الرحم وهو القرابة فإن كانا أجنبيين لم يكره التفريق بينهما

ومنها المحرمية وهو أن يكونا ذوي رحم محرم بأن كان بينهما قرابة محرمة للنكاح فلا يكره التفريق بين إبني العم ونحو ذلك لأن القربة المحرمة للنكاح محرمة القطع مفترضة الوصل فكانت منشأ الشفقة والإنس بخلاف سائر القرابات وكذا المحرمية بدون الرحم لا تحرم التفريق كحرمة الرضاع والمصاهرة لانعدام معنى الشفقة والإنس لعدم دليلهما وهو القرابة

ومنها أن يكون مالكهما واحد (((واحدا))) بأي سبب ملكهما بشراء أو هبة أو ميراث أو صدقة أو وصية

حتى لو كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك ولده الصغير فلا بأس أن يبيع أحدهما دون الآخر

وكذا لو كان له ولدان صغيران أحد المملوكين في ملك أحدهما والآخر في ملك الآخر لا بأس للأب أن يبيع أحدهما لأن الكراهة في التفريق أن يكونا في ملك واحد وإن لم يجمعهما ملك مالك واحد لا يقع البيع تفريقا لأنهما كانا متفرقين قبل البيع

وكذا إذا كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك مكاتبه لأنهما لم يجتمعا في ملك شخص واحد لأن المكاتب فيما يرجع إلى الكسب ملحق بالأحرار فاختلف المالك

وإن كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك عبده المأذون

فإن كان عليه دين مستغرق فلا بأس للمولى أن يبيع العبد الذي عنده

فأما على أصل أبي حنيفة فظاهر لأن المولى لا يملك كسب المأذون المديون فلم يوجد بالاجتماع في ملك مالك واحد وعندهما

وإن كان يملكه لكنه ملك تعلق به حق الغرماء فكان كالأجنبي عنه فلم يوجد الاجتماع معنى

وإن لم يكن عليه دين يكره للمولى أن يبيع أحدهما لوجود الاجتماع في ملك شخص واحد

ولو كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك مضاربه فلا بأس بالتفريق لأن مال المضارب وإن لم يكن ملك المضارب لكن له حق قوي فيه حتى جاز بيع المضارب من رب (((رأس))) المال وبيع

رب (((رأس))) المال من المضارب استحسانا فكان رب (((رأس))) المال بمنزلة الأجنبي فلم يوجد الاجتماع في ملك رجل واحد

وعلى هذا يخرج ما إذا باع جارية كبيرة على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام ثم ملك ولدها الصغير في مدة الخيار إنه يكره إيجاب البيع في الجارية بالإجازة أو بالترك حتى تمضي المدة بل يفسخ البيع حتى لا يحصل التفريق لأن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فكانت الجارية على ملكه فإذا ملك ولدها الصغير فقد اجتمعا في ملك شخص واحد فكانت الإجازة تفريقا فيكره

ولو باع الجارية على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام ثم ملك البائع ولدها الصغير في المدة فلا بأس للمشتري أن يجيز البيع أو يفسخ لأن الجارية خرجت عن ملك البائع بلا خلاف لأن خيار المشتري لا يمنع خروج السلعة عن ملك البائع بلا خلاف بين أصحابنا وإنما الخلاف في دخولها في ملك المشتري فلم يجتمع المملوكان في ملك شخص واحد فلم تكن الإجازة تفريقا

ولو كان الخيار للمشتري ولها ابن عند المشتري لا تكره الإجازة بلا إشكال لأن الإجازة لا تكون تفريقا بل تكون جمعا

وأما الفسح (((الفسخ))) فكذلك لا يكره أيضا

أما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلا يشكل أيضا لأن الجارية لم تدخل في ملك المشتري لأن خيار المشتري يمنع دخول السلعة في ملكه على أصله فلم يقع الفسخ تفريقا لانعدام الاجتماع في ملكه

وأما عندهما فالجارية وإن دخلت في ملكه لكن الفسخ حقه **فالإجبار**

". (١)

"أبي حنيفة حتى إنه إذا قلع الباقي كان على خياره إن شاء رد الكل وإن شاء أمسك الكل

وقال أبو يوسف ومحمد إذا قلع شيئا مما يستدل به على الباقي في عظمة ورضى به المشتري فهو لازم

وجه قولهما إنه إذا قلع ما يستدل به على الباقي كان رؤية بعضه كرؤية كله فكأنه قلع الكل ورضي به كما إذا اشترى صبرة فرأى ظاهرها يسقط خياره كذا هذا

---

(١) بدائع الصنائع، ٥/٢٢٩

وجه قول أبي حنيفة أن هذه المغيبات مما تختلف بالصغر والكبر والجودة والرداءة اختلافا فاحشا فرؤية البعض منها لا تفيد العلم بحال البقية فأشبه الثياب وسائر العدديات المتفاوتة

ولو قطع المشتري الكل بغير إذن البائع سقط خياره لأنه نقص المعقود عليه بالقلع لأنه كان ينمو في الأرض ويزيد ولا يتسارع إليه الفساد وبعد القلع لا ينمو ويتسارع إليه الفساد وانتقاص المعقود عليه في يد المشتري بغير صنعه يسقط الخيار ويلزم البيع فبصنعه أولى

وكذا إذا قلع بعضه بغير إذنه لأنه نقص بعض المبيع وانتقاص بعض المبيع بنفسه يمنع رد الباقي فبصنعه أولى

وإن قلع كله بإذن البائع أو بعضه أو قلع الباقي بنفسه لم يذكر الكرخي هذا الفصل وينبغي أن لا يختلف الجواب فيه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد كما في البيع بشرط الخيار للمشتري إذا انتقص المبيع بفعل البائع إنه يسقط خيار المشتري عندهما وهو قول أبي يوسف الأول وفي قوله الآخر لا يسقط

وروى بشر عن أبي يوسف أن المشتري إذا قلع البعض بإذن البائع أو قلع البائع بعضه أنه ينظر إن كان المغيب مما يباع بالكيل أو الوزن بعد القلع فقلع قدر ما يدخل تحت الكيل أو الوزن ورضي به يلزم البيع ويسقط خياره لأن الرضا ببعض المكيل بعد رؤيته رضا بالكل لأن رؤية بعضه تعرف حال الباقي إلا إذا كان المقلوع قليلا لا يدخل تحت الكيل فلا يسقط خياره لأن قلعه والترك بمنزلة واحدة فكأنه لم يقلع منه شيئا

وإن كان مما يباع عددا كالسلق والفجل ونحوها فقلع بعضا منه فهو على خياره لأن رؤية البعض منه لا تفيد العلم بحال الباقي للتفاوت الفاحش بين الصغير والكبير من هذا الجنس فلا يحصل المقصود برؤية البعض فبقي (((فيبقى))) على خياره وقال أبو يوسف إذا اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري إني أخاف أن قلعته لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع إني أخاف إن قطعته (((قلعته))) لا ترضى به فمن تطوع منهما بالقلع جاز وإن تشاحا على ذلك فسخ القاضي العقد بينهما لأنهما إذا تشاحا فلا سبيل إلى **الإجبار** لما في **الإجبار** من الإضرار فتعذر التسليم فلم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ

والله عز وجل أعلم هذا الذي ذكرنا بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته في حق البصير فأما الأعمى إذا اشترى شيئا وثبت له الخيار فإن خياره يسقط بما ذكرنا من الأسباب المسقطة لكن بعدما وجد منه ما يقوم مقام الرؤية وهو الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف كالدار

والعقار والثمار على رؤوس الأشجار ونحوها إذا كان الموصوف على ما وصف وكان ذلك في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير

وروي عن الحسن بن زياد أنه قال يوكل بصير (((بصيرا))) بالرؤية وتكون رؤية الوكيل قائمة مقام رؤيته

وروى هشام عن محمد أنه يقوم من المبيع في موضع لو كان بصيرا لرآه ثم يوصف له لأن هذا أقصى ما يمكن ولو وصف له فرضي به ثم أبصر لا يعود الخيار لأن الوصف في حقه كالخلف عن الرؤية لعجزه عن الأصل والقدرة على الأصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل حكم الخلف كمن صلى بطهارة التيمم ثم قدر على الماء ونحو ذلك

ولو اشترى البصير شيئا لم يره حتى ثبت له الخيار ثم عمي فهذا والأعمى عند الشراء سواء لأنه ثبت له خيار الرؤية وهو أعمى فكانت رؤيته رؤية العميان وهي ما ذكرنا والله عز وجل أعلم

وأما بيان ما ينفسخ به العقد فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان ما ينفسخ به العقد والثاني في بيان شرائط صحة الفسخ

أما الأول فما ينفسخ به العقد نوعان اختياري وضروري فالاختيار (((فالاختياري))) هو أن يقول فسخت العقد أو نقضته أو رددته وما يجري هذا المجرى والضروري أن يهلك المبيع قبل القبض

وأما شرائط صحته فمنها قيام الخيار لأن الخيار إذا سقط لزم العقد والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ

ومنها أن لا يتضمن تفريق الصفقة على البائع وإن تضمن بأن رد بعض المبيع دون البعض لم يصح وكذا إذا رد البعض وأجاز البيع في البعض لم يجز سواء كان قبل قبض المعقود عليه أو بعده لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة فكان هذا تفريق الصفقة

". (١)

" فصل

ولا يصح التوكيل في شيء مما لا يصح تصرفه لأن من لا يملك التصرف بنفسه فبنائبه أولى فلا يصح توكيل طفل ولا مجنون ولا سفيه لذلك ولا توكيل المرأة في النكاح ولا الفاسق في تزويج ابنته ولا المسلم لذمي في شراء خمر لذلك فأما من يتصرف بالإذن كالعبد والصبي والوكيل فإن أذن لهم في التوكيل

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٩٨/٥

جاز وإن نهوا عنه لم يجز وإن أطلق لهم الإذن فلهم التوكيل فيما لا يتولون مثله بأنفسهم أو يعجزون عنه لكثرته لأن تفويضه إليهم مع العلم بهذا إذن في التوكيل وفيما سوى ذلك روايتان إحداهما لا يجوز لهم التوكيل لأنهم يتصرفون بالإذن فاختص بما أذن فيه ولم يؤذن في التوكيل والثانية يجوز لأنهم يملكون التصرف بأنفسهم فملكوه بنائبهم كالمالك الرشيد فإن قال لوكيله اصنع ما شئت ملك التوكيل لأنه مما يشاء وولي اليتيم كالوكيل فيما ذكرناه ويملك الولي في النكاح التوكيل فيه من غير إذن المرأة لأن ولايته من غير جهته، فلم يعتبر إذنها في توكيله كالأب وخرج القاضي ولاية **الإجبار** على الروايتين في الوكيل والفرق بينهما ظاهر

". (١)

"وصيته الأبكار ووصي الأب إذا نص له على التزويج كالأب لأنه قائم مقامه فصل

فأما غيرهما فلا يملك تزويج كبيرة إلا بإذنها جدا كان أو غيره لعموم الأحاديث ولأنه قاصر عن الأب فلم يملك **الإجبار** كالعم وفي الصغيرة ثلاث روايات إحداهن ليس لهم تزويجها لما روي أن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه من عبد الله بن عمر فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها والصغيرة لا إذن لها والثانية لهم تزويجها ولها الخيار إذا بلغت لقوله تعالى ﴿ وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ دلت بمفهومها على أن له تزوجها إذا أقسط لها وقد فسرته عائشة بذلك والثالثة لهم تزويجها إذا بلغت تسعا بإذنها ولا يجوز قبل ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها رواه أبو داود وجمعنا بين الأدلة والأخبار وقيدنا ذلك بابنة تسع لأن عائشة قالت إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة وروي ذلك مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ولأنها تصلح بذلك للنكاح وتحتاج إليه فأشبهت البالغة وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات أو الكلام في حق الأب وغيره لما تقدم من الحديث وهو

". (٢)

"بالملك فكانت على قدر الأملاك كنفقة العبد وإن كان الشركاء نصبوا قاسما فأجرته بينهم على ما شرطوه لأنه أجيرهم فصل

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٢/٢٤١

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، ٣/٢٧

وإذا كان في القسمة رد عوض فهي بيع لأن صاحب الرد بذل المال عوضا عما حصل له من حق شريكه وهذا هو البيع وإن لم يكن فيها رد فهي إفراز النصيبين وتمييز الحقين وليست بيعا ولذلك جاز تعليقها على القرعة وتقدرت بقدر الحق ودخلها **الإجبار** ولو كانت بيعا حتما لم يجز ذلك فيها كما في سائر البيوع وحكي عن أبي عبد الله بن بطة أنها بيع لأن أحدهما يبذل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر وهذا حقيقة البيع والمذهب الأول فيجوز قسمة الثمار على الشجر خرصا وقسمة المكيل وزنا والموزون كيلا والتفرق قبل القبض ولا يحنث بها من حلف أن لا يبيع وإن كان العقار وقفا أو نصفه جازت القسمة وإن قلنا هي بيع لم يجز شيء من ذلك لأن بيعه غير جائز وإن كان فيها رد لم تجز قسمة الوقف لأنه لا يجوز بيع شيء منه وإن كان بعضه طلقا وبعضه وقفا والرد من صاحب الطلق لم يجز لأنه يشتري بعض الوقف وإن كان من صاحب الوقف جاز لأنه يشتري بعض الطلق

". (١)

" فصل

وإن كان بينهما أرض مزروعة فطلب أحدهما قسمة الأرض دون الزرع لزم إجابته لأن الزرع لم يمنع جواز القسمة فلم يمنع وجوبها كالقماش في الدار فإذا قسماها بقي الزرع بينهما مبقى إلى الحصاد ذكره أصحابنا والأولى أنها لا تجب لأنه يلزم منها إبقاء الزرع المشترك في الأرض المقسومة إلى الحصاد بخلاف القماش كما لو بيعت الأرض وإن طلب قسمة الزرع منفردا لم يلزم إجابته لأنه لا يمكن تعديله ويتشرط بقاؤه في الأرض المشتركة وإن طلب قسمة الأرض مع الزرع وكان قصيلا لزمته اجابته لأن الزرع كالشجر في الأرض فلم يمنع **الإجبار** وإن كان سنابل مشتدا حبها فكذلك إلا عند من جعل له القسمة بيعا فلا يجوز لأنه يبيع بعضه ببعض من غير كيل وإن كان بذرا لم تجز قسمته لأنه مجهول لا يمكن تعديله فيكون قسمة مجهول ومعلوم ويحتمل الجواز لأنه بيع لا يمنع البيع إذا اشترطه المبتاع فكذلك لا يمنع القسمة فصل

إذا كان بينهما ثياب أو حيوانات أو خشب أو عمد أو أحجار متفاضلة فطل أحدهما قسمتها أعيانا بالقيمة لم تجب إجابته لأن ذلك

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٤٧٦/٤

". (١)

" فصل

وإذا قسم بينهما قاسم الحاكم قسمة إجبار فأقرع بينهما لزمت قسمته بغير رضاهما لأن رضاهما لا يتعين في ابتداء القسمة فلا يتعين في أثنائها وإن نصبا عدلا عالما يقسم بينهما لزمته قسمته بالقرعة لأن الحاكم الذي ينصبانه كحاكم الإمام في لزوم حكمه فقاسمهما كقاسم الإمام في لزوم قسمته وإن كان فاسقا أو جاهلا بالقسمة أو قسما بأنفسهما لم يلزم إلا بتراضيهما لأن رضاهما معتبر في الأول ولم يوجد ما يزيله فوجب استمراره وإن كان في القسمة رد فتولاها قاسم الحاكم ففيها وجهان أحدهما لا يلزم إلا بالتراضي كذلك ولأنها بيع فلا يلزم بغير التراضي كسائر البيع والثاني يلزم بالقرعة لأن القاسم كالحاكم وقرعته كحكمه وإن تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما سهما بغير قرعة أو خير أحدهما صاحبه فاختار أحد السهمين جاز ويلزم بتراضيهم وتفرقهما كالبيع فصل

وإن ادعى أحدهما غلطا في قسمة **الإجبار** لم يقبل إلا ببينة لأن القاسم كالحاكم فلم تقبل عوى الغلط عليه بغير بينة كالحاكم فإن أقام البينة نقضت القسمة وإن لم يكن له بينة وطلب يمين شريكه أحلف له وإن

". (٢)

"من وفاء الدين بيعت في الدين وبطلت القسمة هذه هي المذهب وإن وفى أحدهما دون الآخر صح في نصيب من وفى وبطل في نصيب الآخر فصل

وإذا سأل أحد الشريكين الحاكم القسمة بينه وبين شريكه فيما تدخله قسمة **الإجبار** لم يجبه إلى ذلك حتى يثبت عنده ملكها لأن في قسمة **الإجبار** حكما عليه فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك وإن سأله الشريكان القسمة أجابهما إليها ولم يحتج إلى إثبات الملك لأن يدهما دليل ملكهما ولا منازع لهما فيثبت لهما من حيث الظاهر ولكنه يثبت بالقضية أن قسمه إياه بينهما بإقرارهما لا ببينة شهدت لهما بملكهما وكل ذي حجة على حجته لئلا يتخذ القسمة حجة على من ينازعه في الملك & باب الدعاوي &

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٤/٤٨١

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، ٤/٤٨٤

لا تصح دعوى المجهول في غير الوصية والإقرار لأن القصد في الحكم فصل الخصومة والتزام الحق ولا يمكن ذلك في المجهول فإن كان المدعى دينا ذكر الجنس والنوع والصفة وإن كان عينا باقية ذكر صفتها وإن ذكر قيمتها كان أحوط وإن كانت تالفة لها مثل ذكر صفتها وإن ذكر

---

(١) ".

"عليها يمينا فهي يكفي مجرد إنكارها فالحاصل أن مجرد الدعوى لا تمنعها من شيء انتهى كلامه

قال القاضي في التعليق إذا ادعي نفسان زوجية امرأة فأقرت لأحدهما فهل يقبل إقرارها أم لا نقل الميموني عن الإمام أحمد إذا ادعيا امرأة وأقرت لواحد منهما وجاءا بشاهدين ولم يجيء ولي فرق بينهما فإن أنكرتهما وقامت لكل واحد منهما بينة أنها امرأته فهو على ما يقول الولي لأن كل واحد منهما مكذب بيته صاحبه فإن لم يكن ولي فسخت النكاح قال وظاهر هذا أنه لا يقبل إقرارها وإذا أقر الولي لأحدهما قبل إقراره وحكم بها لمن أقر له الولي وحكم البينتين إذا تعارضتها في النكاح أن تسقطا ويكونان كمن لا بينة لهما فيجري الإقرار مع البينة مجراه مع عدمها وإنما قبل إقرار الولي لأنه يملك العقد عليها أن لأن المسألة محمولة على أن الولي يملك **الإجبار** على النكاح ومن ملك العقد ملك الإقرار به فأما المرأة فلم يقبل إقرارها في هذا الموضع لما نذكره فإن كان المدعى واحدا فأقرت له فهل يقبل إقرارها أم لا يتخرج على روايتين نص عليهما في الرق إذا ادعى رجل رق امرأة فأقرت له قال وحكم العتق والنكاح سواء لأن المزيل لهما مبنى على التغليب والسراية وهو العتق والطلاق

قال الشيخ تقي الدين قوله إذا ادعيا نكاح امرأة وأقرت لواحد منهما وجاء بشاهدين ولم يجيء بولي فرق بينهما مضمونها أنه يفرق بينهما مع قيام البينة بالنكاح وهذا يبين أنه لم يكن لرد الإقرار لأن البينة قد شهدت بما أقرت به لأن قوله وجاء فيه ضمير مفرد لا مثنى هذا ظاهره لأنه قال وأقرت لواحد منهما وجاءا بشاهدين فرق بينهما فهذه ضمائر الوحدة وهذا يبين لك أن الرد لم يكن لكونه ادعاها اثنان فأقرت لأحدهما وإنما النكاح

---

(٢) ".

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٤/٤٨٦

(٢) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، ٢/٣٩٦

"

قطع به جماعة لأنه امتنع من حق توجه عليه كحق معين امتنع من أدائه

وقال القاضي يجعل ناكلا ويؤمر المقر له بالبيان فإن بين شيئا فصدقه المقر ثبت وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له إن بينت وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك وهذا قول الشافعية إلا أنهم قالوا إن بينت وإلا أحلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه على المقر

قال في المغني ومع ذلك فمتى عينه المدعى وادعا فنكل المقر فهو على ما ذكروه فصل

قال الشيخ تقي الدين إذا أصر في الحبس على الامتناع فعلى المذهب أنه يضرب حتى يقر قال أصحابنا القاضي في كتابه المجرد والجامع وابن عقيل وغيرهما فيمن أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أنه يجبر حتى يختار منهن أربعا قالوا فإن لم يختر بعد **الإجبار** حبسه الحاكم ويكون الحبس ضربا من التعزيز فإن لم يختر ضربه وعزره يفعل ذلك ثانيا وثالثا حتى يختار لأن هذا هو حق قد تعين عليه ولا يقوم غيره مقامه فوجب حبسه وتعزيزه حتى يفعله

وأيضا لم يذكروا الضرب إلا بعد الحبس وهل يجوز ضربه ابتداء يتوجه فيه ما ذكروه في الناشز هل تضرب من أول مرة على وجهين

وهكذا إذا كان على رجل دين وله مال ناض لا يعرف مكانه وامتنع من قضاء دينه فإن الحاكم يحبسه ويضربه ويأمر بقضاء الدين لأن غيره لا يقوم مقامه في ذلك وكذلك مذهب الشافعي منصوصا وكذلك مذهب مالك فيما يغلب على ظني وهو قياس قول أبي بكر ولم يزد ومراده أبو حنيفة قال قد أباح أصحابنا ضربه ثلاث مرات وسكتوا عما بعد الثالثة وقد نص

". (١)

"وقال النبي صلى الله عليه وسلم : الشفعة فيما لم يقسم وكان صلى الله عليه وسلم يقسم الغنائم.وذكر الإجماع عليها غير واحد مق العلماء .والحاجة داعية إليها ؛ إذ لا سبيل إلى إعطاء ذوي الحقوق حقوقهم من الشيء المشترك إلا بالقسمة .والقسمة إفراز الأنصباء بعضا عن بعض .وهي نوعان : قسمة تراض ، وقسمة إجبارالنوع الأول: قسمة التراضي هي التي لا بد أن يتفق عليها جميع الشركاء ، ولا تجوز بدون رضاهم ، وهي التي لا تمكن إلا بحصول ضرر ، ولو على بعض الشركاء ، أو برد عوض من أحد الشركاء

---

(١) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، ٢/٤٧٠

على الآخر ، وتكون في الدور الصغار والدكاكين الضيقة والأرض المختلفة أجزاؤها بسبب بناء أو شجر في بعضها أو كون بعضها يتعلق به رغبة تخصه دون البعض الآخر .فهذا النوع من المشترك لا تجوز قسمته إلا باتفاق الشركاء وتراضيهم ؛ لقوله : لا ضرر ولا ضرار رواه أحمد وغيره ؛ فهو يدل بعمومه على عدم جواز قسم ما لا ينقسم إلا بضرر إلا بالتراضي .وهذه القسمة تأخذ حكم البيع ، برد ما فيه عيب ، ويدخلها خيار المجلس والشرط ونحوه ، ولا يجبر من امتنع من قبولها من الشركاء ، لكن متى طلب أحد الشركاء بيع هذا المشترك ؛ أجبر الممتنع ، فإن أبى ؛ باعه الحاكم عليهما ، وقسم الثمن بينها على قدر حصصهما .وضابط الضرر الذي يمنع هذه القسمة هو نقص القيمة بالقسمة ، سواء انتفعوا به مقسوما أم لا ؛ فلا يعتبر ضرر كونهما لا ينتفعان به مقسوما .النوع الثاني : قسمة **الإجبار**وهي ما لا ضرر في قسمته ، ولا رد عوض في قسمته ، سميت بذلك لأن الحاكم يجبر الممتنع منهما إذا كملت شروطها ، وذلك . كالقرية والبستان والدار الكبيرة والأرض الواسعة والدكاكين الواسعة والمكيل والموزون من جنس واحد .ويشترط لإجبار الممتنع من هذه القسمة ثلاثة شروطأن يثبت عند الحاكم ملك الشركاء ، وأن يثبت أن لا ضرر ، وأن يثبت إمكان تعديل السهام في العين المقسمة من غير شيء يجعل فيها .." (١)

" جواز قسم المكيل وزنا وقسم الموزون كيلا

فصل : ولو قال : بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة وهما من جنس واحد ولا يعلمان كيلهما لم يصح لما ذكرنا وإن علما كيلهما وتساويهما صح البيع لوجود التماثل المشترط وإن قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة مثلا بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع وإلا فلا وإن باع صبرة بصبرة من غير جنسها عند من يجوز بيع المكيل بالمكيل جزافا وإن قال بعتك هذه الصبرة بهذه مثلا بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع

وإن زادت إحداهما فرضي صاحب الناقصة بها مع نقصها أو رضي صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز وإن امتنعا فسخ البيع بينهما ذكر هذا الفصل القاضي وهو مذهب الشافعي

فصل : ويجوز قسم المكيل وزنا وقسم الموزون كيلا وقسم الثمار خرصا وقسم ما لا يجوز بيع بعضه ببعض لأن القسمة إفراز حق وليست بيعا ونقل عن ابن بطة ما يدل على أنها بيع فيثبت فيها أحكام البيع ويمنع فيها ما ذكرناه لأن كل جزء من ذلك مشترك بينهما فإذا تعين لكل واحد منهما حق فقد اشترى نصيب شريكه مما تعين له بنصيبه فيما تعين لشريكه و للشافعي قولان كالمذهبين والظاهر أنها إفراز حق بدليل اعتبار تعديل السهام ودخول القرعة فيها ولزومها بها **والإجبار** عليها وأنها لا تفتقر إلى لفظ بيع ولا

(١) الملخص الفقهي وكتب أخرى، ١٢/١٦

تمليك ولا يدخلها خيار ولا تجوز إلا بقدر الحقين ولا يثبت فيها شفعة وتختص باسم وتغاير الأحكام والأسماء دليل على اختلافهما وروي عن ابن عباس أنه قال : قسمت الصحابة رضي الله عنهم الغنائم بالحجف وذلك كيل الأثمان بمحضر من جماعة كثيرة منهم وانتشر في بقيتهم فلم ينكر فصار إجماعا على ما قلناه ." (١)

" هلال الثمر المبيع

مسألة : قال : وإذا اشترى الثمرة دون الأصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

الفصل الأول : أن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع وبهذا قال أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد بن الأنصاري و مالك و أبو عبيد وجماعة من أهل الحديث وبه قال الشافعي في القديم وقال أبو حنيفة و الشافعي في الجديد : هو من ضمان المشتري لما [روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : إن ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسألته أن يضع عنه فتألى أن لا يفعل فقال النبي صلى الله عليه و سلم : تألى فلان أن لا يفعل خيرا] متفق عليه ولو كان واجبا لأجبره عليه لأن التخلية يتعلق بها جاوز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل ولأنه لا يضمنه إذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه بإتلاف غيره

ولنا ما روى مسلم في صحيحه عن جابر [أن النبي صلى الله عليه و سلم أمر بوضع الجوائح] وعنه قال [قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : إن بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا لم تأخذ مال أخيك بغير حق] ؟ ورواه مسلم و أبو داود ولفظه [من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئا علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ؟] وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه قال الشافعي : لم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أمر بوضع الجوائح ولو ثبت لم أعده ولو كنت قائلا بوضعها لوضعها في القليل والكثير قلنا : الحديث ثابت رواه الأئمة منهم الأمام أحمد و يحيى بن معين و علي بن جرب وغيرهم عن ابن عيينة عن حميد الأعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر ورواه مسلم في صحيحة و أبو داود في سننه و ابن ماجة وغيرهم ولا حجة لهم في حديثهم فإن فعل الواجب خير فإذا تألى أن لا تفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيرا فأما **الإجبار** فلا يفعله النبي صلى الله عليه و سلم بمجرد قول المدعي من غير إقرار من البائع ولا حضور ولأن التخلية ليست بقبض تام بدليل ما

---

(١) المغني، ٤/١٤٧

لو تلفت بعطش عند بعضهم ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالا فحالا وقياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة

الفصل الثاني : أن الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش لما روى الساجي بإسناده عن جابر [أن النبي صلى الله عليه و سلم قضى في الجائحة تكون في البرد والجراد وفي الحبق والسيل وفي الريح] وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي صلى الله عليه و سلم فيجب الرجوع إليه وأما ما كان بفعل آدمي فقال القاضي : المشتري بالخيار بن فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة

الفصل الثالث : أن ظاهر الذهب أن لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت إليه قال أحمد : إني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ولا أدري ما الثلث ولكن إذا كانت جائحة تعرف الثلث أو الربع أو الخمس توضع وفيه رواية أخرى أن ما كان يعد دون الثلث فهو من ضمان المشتري وهو مذهب مالك و الشافعي في القديم لأنه لا بد أن يأكل الطير منها وتنثر الريح ويسقط منها فلم يكن بد من ضابط واحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة والثلث قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع منها الوصية وعطايا المريض وتساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى الثلث قال الأثرم قال أحمد : إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة ولأن الثلث في حد الكثرة وما دونه في حد القلة بدليل قول النبي صلى الله عليه و سلم في الوصية : [الثلث والثلث كثير] فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة فلهذا قدر به ووجه الأول عموم الأحاديث فإن النبي صلى الله عليه و سلم أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيه فيجب وضعه ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع وإن كان قليلا كالتي على وجه الأرض وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط إذا ثبت هذا فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذهب فإن تلف الجميع بطل العقد ويردع المشتري بجميع الثمن وأما على الرواية الأخرى فإنه يعتبر ثلث المبلغ وقيل ثلث القيمة فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة التالف كله من الثمن وإذا اختلفا في الجائحة أو قدر ما أتلف فالقول قول البائع لأن الأصل السلامة ولأنه غارم والقول في الأصول قول الغارم

فصل : فإن بلغت الثمرة أوان الجزاز فلم يجزها حتى اجتيحت فقال القاضي : عندي لا يوضع عنه لأنه مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لأن تلفها بتفريطه وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من ضمان بائعها كالمسألة فيها

فصل : إذا استأجر أرضا فزرعها فتلف الزرع فلا شيء على المؤجر نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا لأن المعقود عليه ومنافع الأرض ولم تتلف وإنما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها ." (١)

" فصل : إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم وامتنع الآخر فهل يجبر الممتنع

فصل : إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم فطلب أحدهما إعادته وأبى الآخر فهل يجبر الممتنع على إعادته قال القاضي : فيه روايتان إحداهما يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي : هي أصح وقال ابن عقيل : وعلى ذلك أصحابنا وبه قال مالك : في إحدى روايتيه و الشافعي في قديم قوليه واختاره بعض أصحابه وصححه لأن في ترك بنائه إضرارا فيجبر عليه كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى النقض إذا خيف سقوطه عليهما ولقول النبي صلى الله عليه و سلم [لا ضرر ولا ضرار] وهذا وشريكه يتضرران في ترك بنائه والرواية الثانية : لا يجبر نقل عن أحمد ما يدل على ذلك وهو أقوى دليلا ومذهب أبي حنيفة لأنه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكه على الإنفاق عليه كما لو انفرد به ولأنه بناء حائط فلم يجبر عليه كالإبتداء ولأنه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لحقيهما جميعا : لا يجوز أن يجبر عليه لحق نفسه بدليل ما لو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره فإذا لم يكن كل واحد منهما موجبا عليه فكذلك إذا اجتمعا وفارق القسمة فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة وإنفاق ماله ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه لأنه يخاف سقوط حائطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ولهذا يجبر عليه وإن انفرد بالحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه إضرارا فإن الضرر إنما حصل بانهدامه وإنما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به ولهذا لا يمنع الإنسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه إضرار لكن في **الإجبار** إضرار ولا يزال الضرر بالضرر وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون

---

(١) المغني، ٤/٢٣٣

معسرا ليس مءه ما يبني به فيكلف الغرامة مع عجزه عنها فعل هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه منه لأن له حقا في الحمل ورسما فلا يجوز منعه منه وله بناؤه بانقاضه إن شاء وبناؤه بآلة من عنده فإن بناه بآلته وإنقاضه فالحائط بينهما على الشركة كما كان لأن المنفق عليه إنما أنفق على التآلف وذلك أثر لا عين يملكها وإن بناه بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة وله منع شريكه من الإنتفاع به وضع خشبه ورسومه عليه لأن الحائط له وإذا أراد نقضه فإن كان بناه بآلته لم يملك نقضه لإنه ملكها فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليهما وإن بناه بآلة من عنده فله نقضه لأنه ملكه خاصة فإن قال شريكه أنا أدفع إليك نصف قيمة البناء ولا تنقصه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء وإن أراد غير الباني نقضه إو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعا لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه فلأن لا يملك إجباره على نقضه أولى فإن كان له على الحائط رسم انتفاع ووضع خشب قال : له أما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي ووضع خشبي وأما أن تقلع حائطك لنعيد البناء بيننا فيلزم الآخر إجابته لأنه لا يملك إبطال رسومه وانتفاعه ببنائه وإن لم يرد الإنتفاع به فطالبه الباني بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه إذا لم يجبر على البناء فأولى أن لا يجبر على الغرامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والإنفاق فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الأولى فمتى لمتنع أجبره الحاكم على ذلك فغن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك بإذن الحاكم أو إذن الشريك رجع عليه متى قدر وإن أراد بناءه لم يملك الشريك منعه وما أنفق أن تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه وإن بناه لنفسه بآلته فهو بينهما وإن بناه بآلة من عنده فهو له خاصة فإن أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لأنه إذا أجبر على بنائه فأولى أن يجبر على إبقائه ." (١)

" فصلان : إذا كانت بينهما عرضه حائط فاتفقا على قسمها طولا وإن كان بينهما حائط فاتفقا على على قسمته طولا

فصل : إذا كانت بينهما عرصة حائط فاتفقا على قسمها طولا جاز ذلك سواء على قسمها طولا أو عرضا لأنها ملكهما ولا تخرج عنهما وإن اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو ان يجعل له نصف الطول في جميع العرض وللأخر مثله فقال أصحابنا : يجبر الممتنع على القسمة وهو مذهب الشافعي لأن ذلك لا

---

(١) المغني، ٤٦/٥

يضر فإذا اقتسما اقترعا فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القرعة فإن كان مبنيا فلا كلام وإن كان غير مبني كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه وإن أحب أن يدخل بعض عرصته في داره فعل وإن أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل ويحتمل أن لا يجبر على القسمة لأنها توجب اختصاص كل واحد منهما ببعض الحائط المقابل لملك شريكه وزوال ملك شريكه فيتضرر لأنه لا يقدر على حائط يستر ملكه وربما اختار أحدهما أن لا يبني حائطه فيبقى ملك كل واحد منهما مكشوفا أو يبينه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه وهذا ضرر لا يرد الشرع **بالإجبار** عليه فإن قيل : فإذا كان مشتركا تمكن أيضا من منع شريكه وضع خشبه عليه قلنا : إذا كان له عليه رسم وضع خشبه أو أنتفاع به لم يملك منعه من رسمه وههنا يملك منعه بالكلية وأما إن طلب قسمها عرضا وهو أن يجعل لكل واحد منهما نصف العرض في كمال الطول نظرنا فإن كانت العرصة لا تتسع لحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واختلفوا واختار ابن عقيل أنه يجبر وهو ظاهر كلام الشافعي لأنه عرصة فأجبر على قسمها ضررا فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وما ذكروه ينتقض بذلك وإن كانت تتسع لحائطين بحيث يحصل لكل واحد منهما ما يبني فيه حائطا ففي إجبار الممتنع وجهان أحدهما : يجبر قاله أبو الخطاب لأنه لا ضرر في القسمة لكون كل واحد منهما يحصل له ما يندفع به حاجته فأشبه عرصة الدار التي يحصل لكل واحد منهما ما يبني فيه دارا والثاني : لا يجبر ذكره القاضي لأن هذه القسمة لا تقع فيها قرعة لأننا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلي داره من غير قرعة وهذا لا نظير له ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ومتى اقتسما العرصة طولا فبنى كل واحد منهما لنفسه حائطا وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها ولم يمنع من سدها لأن ذلك يجري مجرى بناء الحائط في عرصته

فصل : وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولا جاز ويعلم بين نصيبيهما بعلامة وإن اتفقا على قسمته عرضا فقال أصحابنا : يجوز القسمة لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فأشبه العرصة ويحتمل أن لا تجوز القسمة لأنها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه وههنا لا يتميز ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفردا لأن إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط كان ثقله على الحائط كله وإن فتح فيه طاقا يضعفه ضعف كله وإن وقع بعضه تضرر النصيب الآخر وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر فذكر القاضي أن الحكم في الحائط كالحكم في عرصته سواء ولا يجبر على قسم الحائط إلا أن يطلب أحدهما قسمه طولا ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضا وهو أحد

الوجهين لأصحاب الشافعي لأنهما إن قطعاه بينهما فقد أتلفا جزءا من الحائط ولا يجبر الممتنع من ذلك كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه وإن لم يقطع وعلما علامة على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعا بنصيب الآخر ووجه الأول أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائطها المحيط بها وكذلك قسم البستان وحائطه ولا يجبر على القطع المضر بل يعلمه بخط بين نصيبهما ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الآخر وإن اتصل به بدليل الحائط المتصل في دارين والله أعلم ." (١)

" فصل : فأما الولي في النكاح فله التوكيل

فصل : فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها أبا كان أو غيره وقال القاضي : فيمن ولايته غير ولاية الإجبار هو كالوكيل يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولأصحاب الشافعي فيه وجهان أحدهما : لا يملك التوكيل إلا بإذنها لأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها أشبه الوكيل

ولنا أن ولايته من غير جهتها فلم يعتبر إذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل ولأنه متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولأن الحاكم يملك تفويض عقود الأنكحة إلى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكروه يبطل بالحاكم والذي يعتبر إذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل أن الوكيل لا يستغني عن إذنها له في التزويج أيضا فهو كالموكل في ذلك ." (٢)

" فصل إذا ترك جد مولاه وعم مولاه فالولاء للجد

فصل : وإن ترك جد مولاه وعم مولاه فهو للجد وكذلك إن ترك جد أبي مولاه وبه يقول الثوري و الأوزاعي وأهل العراق وقال الشافعي هو للعم وبنيه وإن سفلوا دون جد الأب وهو قياس قول مالك قال الشافعي ومن جعل الجد والأخ سواء فجد الأب والعم سواء وهو أولى من ابن عم

ولنا قول النبي صلى الله عليه و سلم [يرثه أولى الناس بالمعتق] والجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك والعجب أن الشافعي رحمة الله عليه ينزل الجد أبا في ولاية المال وولاية الإجبار على النكاح ووافق غيره في وجوب الإنفاق عليه وله وعتقه على ابن ابنه وعتق ابن ابنه عليه وانتفاء القصاص عنه بقتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الأب ثم جعل أبعد العصبات أولى منه بالولاء ." (٣)

---

(١) المغني، ٥٣/٥

(٢) المغني، ٢١٧/٥

(٣) المغني، ٢٧٤/٧

" مسألة وفصول في التوكيل وأحكامه

مسألة : قال : ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضرا

وجملة ذلك أنه يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضرا أو غائبا مجبرا أو غير مجبر لأنه [روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة ووكل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة] ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع ولأصحاب الشافعي في توكيل غير الأب والجد وجها أحدهما : لا يجوز لأنه يلي بالإذن فلم يجز التوكيل له كالتوكيل

ولنا أنه يلي شرعا فكان له التوكيل كالأب ولا يصح قولهم أنه يلي بالإذن فإن ولايته ثابتة قبل إذنها وإنما إذنها شرط لصحة تصرفه فأشبه ولاية الحاكم عليها ولا خلاف في أن للحاكم أن يستنيب في التزويج من غير إذن المرأة ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف لنائبها من قبلها ؟

فصل : ويجوز التوكيل مطلقا ومقيدا فالمقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء قال احمد رحمه الله في رواية عبد الله في الرجل يولى على أخته وابنته يقول إذا وجدت من ترضاه فزوجها فتزويجه جائز ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فإنه روي أن رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر وقال إذا وجدت لها كفؤا فزوجه إياها ولو بشراك نعله فزوجها عمر من عثمان ابن عفان رضي الله عنه فهي أم عمرو بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولأنه إذن في النكاح فجاز مطلقا كإذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقا والله أعلم

فصل : ولا يعتبر في صحة الوكالة إذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل إبا أو غيره ولا يفتقر إلى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لا يجوز لغير المجبر التوكيل إلا بإذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير إذن الموكل وحكي عن الحسن بن صالح أنه لا يصح إلا بحضرة شاهدين لأنه يراد لحل الوطء فافتقر إلى الشهادة كالنكاح

ولنا أنه إذن من الولي في التزويج فلم يفتقر إلى إذن المرأة ولا إلى إشهاد كإذن الحاكم وقد بينا أن الولي ليس بوكيل للمرأة وهذا توكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر إلى إشهاد بخلاف النكاح ويبطل ما ذكره الحسن ابن صالح بالتسري

فصل : ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل وإن كل للولي **الإجبار** ثبت ذلك لوكيله وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل إلى إذنها ومراجعتها لأنه نائب فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه

فصل : واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله هل يستفاد الولاية في النكاح بالوصية ؟ فروي أنها تستفاد بها وهو اختيار الخرقي لقوله أو وصى ناظرا له في التزويج وهو قول الحسن و حماد بن أبي سلمان و مالك وعنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثوري و الشعبي و النخعي و الحارث العكلي و أبو حنيفة و الشافعي و ابن المنذر لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعا فلم يجز أن يوصى بها كالحضانة ولأنه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكفائها فلم تثبت له الولاية كالأجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك

ولنا أنها ولاية ثابتة للأب فجازت وصيته بها كولاية المال ولأنه يجوز أن يتسبب فيها في حياته فيكون نائبه قائما مقامه بعد موته فجاز أن يستنيب فيها كولاية المال وما ذكروه يبطل بولاية المال فعلى هذا لا يصير وصيا في النكاح بالوصية إليه في المال لأنها إحدى الولايتين فلم يملكها بالوصية كالوصية الأخرى قياسا على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح

فصل : فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا كالأب أو غير مجبر كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه فإن كان الولي له **الإجبار** فكذلك وصيه وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل وقال مالك إن عين الأب الزوج مالك الوصي إجبارها صغيرة كانت أو كبيرة وإن لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية واعتبر إذنها وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجها بإذنها

ولنا أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ومتى زوج وكيل الأب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لأن الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل ." (١)

" مسألة إذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل

مسألة : قال : وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل وإن رضيت بعد

وجملة ذلك أن البنت تقسم قسمين : كبيرة وصغيرة فأما الكبيرة فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن قال له تزويجها وإن كرهت و النخعي قال يزوج بنته إذا كانت في عياله فإن كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها قال إسماعيل بن إسحاق لا أعلم أحدا قال في البنت يقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة ف [إن الخنساء ابنة حذام الأنصارية روت أن

---

(١) المغني، ٣٥٢/٧

أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه و سلم فرد نكاحه] رواه البخاري والأئمة كلهم وقال ابن عبد البر هذا الحديث مجمع على صحته والقول به لا نعلم مخالفا له إلا الحسن وكانت الخنساء من أهل قباء وكانت تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها رجلا من بني عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر وروى أبو هريرة [أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : لا تنكح الأيم حتى تستأمر] متفق عليه وقال : [الأيم أحق بنفسها من وليها] وروى ابن عباس رضي الله عنه [عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : ليس للولي مع الثيب أمر] رواهما النسائي و أبو داود ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل

القسم الثاني : الثيب الصغيرة وفيها وجهان أحدهما : لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الخرقي واختاره ابن حامد وابن بطة والقاضي ومذهب الشافعي لعموم الأخبار ولأن **الإجبار** يختلف بالبكارة والثيوبة لا بالصغر والكبر وهذه ثيب ولأن في تأخيرها فائدة وهو أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر إذنها فوجب التأخير بخلاف البكر

الوجه الثاني : أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره أبو بكر وعبد العزيز وهو قول مالك و أبي حنيفة لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر والغلام يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورية ثم الغلام يجبر إذا كان صغيرا فكذا هذه والأخبار محمولة على الكبيرة فإنه جعلها أحق بنفسها من وليها والصغيرة لا حق لها

ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسع سنين يزوجها وليها بإذنها ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرنا في البكر والله أعلم ." (١)

" فصل في المجنونة

فصل في المجنونة : إن كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لم يملك إجبارها لأنه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى وإن كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة أقسام : أحدها : أن يكون وليها للأب أو وصية كالثيب الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي لأنه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى وهذا قول الشافعي و أبي حنيفة ومنع منه أبة بكر لأنها ولاية إجبار وليس على الثيب ولاية إجبار والأول أصح فإن ولاية **الإجبار** إنما انتفت عن العاقلة لرأيها

---

(١) المغني، ٣٨٥/٧

لحصول المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة إذا قلنا بعدم **الإجبار** في حقها إذا كانت عاقلة

القسم الثاني : أن يكون وليها الحاكم ففيها وجهان : أحدهما : ليس له تزويجها بحال لأن هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الأب كحال عقلها والثاني : له تزويجها إذا ظهر منها شهوة للرجال كبيرة كانت أو صغيرة وهو إختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة لأن بها حاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل إلى إذنها فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها وإن قال أهل الطب ان علتها تزول بتزويجها لأن ذلك من أعظم مصالحها وقال الشافعي لا يملك تزويج الصغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب ان علتها تزول بتزوجها

ولنا أن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها فأشبه ما لو قال أهل الطب أنه يزيل علتها وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها إليهم وأشباه ذلك القسم الثالث : من وليها غير الأب والحامن فقال القاضي لا يزوجها غير الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بيناه

وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها وهذا قول أبي حنيفة لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر لها في مالها دونهم فيكون واليا دونهم كتزويج أمتها ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت إلى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري فإن كان لها وصي في مالها لم يتملك تزويجها لأنه لا ولاية له في نكاحها والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم علة ما ذكرنا ." (١)

" مسألة وفصول

مسألة : قال : ومن زوج غلاما غير بالغ أو معتوها لم يجز إلا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة :

الفصل الأول : أنه ليس لغير الأب أو وصية تزويج الغلام قبل بلوغه وقال القاضي المجرد للحاكم تزويجه لأنه يلي ماله وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس بسديد

---

(١) المغني، ٧/٣٨٩

فإن غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى وفارق الأب ووصيه فإن لهما تزويج الصغيرة وولاية **الإجبار** وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن فإنه لا إذن له

الفصل الثاني : في المعتوه وهو الزائل العقل بجنون مطبق ليس لغير الأب ووصيه تزويجه وهذا قول مالك وقال أبو عبد الله بن حامد للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبعهن ويريدهن وهذا مذهب الشافعي لأن ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها إذنه وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج المجنونة وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب إن في تزويجه ذهاب علته لأنه من أعظم مصالحه والله أعلم

الفصل الثالث : أن للأب أو وصيه تزويجهما سواء كان الغلام عاقلا أو مجنونا وسواء كان الجنون مستداما أة طارئا فأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن لأبيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر وممن هذا مذهبه الحسن و الزهري و قتادة و مالك و الثوري و الأوزاعي و إسحاق و الشافعي وأصحاب الرأي فلأبيه تزويجه وقال الشافعي لا يجوز لأنه يلزمه التزويج حقوقا من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له ذلك كغيره من الأولياء

ولنا أنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعاقل ولأنه إذا ملك تزويج العاقل مع أن له مع احتياجه إلى التزويج رأيا ونظرا لنفسه فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى وفارق غير الأب فإنه لا يملك تزويج العاقل وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحمد و الخرقي أن للأب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها وقال القاضي إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي لأن في تزويجه مع عدم حاجته اضرارا به بإلزامه حقوقا لا مصلحة له في التزامها وقال ابو بكر ليس للأب تزويجه بحال لأنه رجل فلم يجز إجباره على النكاح كالعاقل وقال زفر أن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز تزويجه وإن كان مستداما جاز

ولنا أنه غير مكلف فجاز لأبيه تزويجه كالصغير فإنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة فههنا أولى

ولنا على التسوية بين الطارىء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية طارئة ومستدامه كالرق ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في النكاح كالمستدام فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها فإنه لا يجوز لوليه تزويجه إلا إذا رأى المصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة فقد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ وربما كان دواء له ويترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة والله أعلم

فصل : ومن يفيق في الأحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه لأن ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وإن لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه

الفصل الرابع : أن وصي الأب في النكاح بمنزلته على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للوصي على المرأة وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه وإنما يثبت ذلك لوصي الأب في التزويج خاصة فإن كان وصيا في المال لم تكن له ولاية في التزويج لأنه إنما يستفيد بالتصرف بالوصية فلا يملك ما لم يوص به إليه ووصي غير الأب لا ولاية له على صبي أو مجنون لأن الموصي لا يملك ذلك فوصيه أولى

فصل : وإن تزوج لصغير أو مجنون فإنه يقبل لهما النكاح ولا يجوز أن يأذن لهما في قبوله لأنهما ليسا من أهل التصرف وإن كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه حتى يتولاه بنفسه كما يفوض أمر البيع إليه ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه وإن تزوج له الولي جاز كما يجوز أن يبتاع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة ووقع طلاقه وإن قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى

فصل : وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بزيادة على مهر المثل لأنه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي وقد ذكرنا أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها فهذا مثله فإنه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته بل الوصول ههنا أولى فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها فيتعذر الوصول إليه بدون بخلاف المرأة و ذكر القاضي في المجرد أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذلا لماله فيما لا حاجة به إليه وذكر في الجامع أن له تزويج ابنه الصغير بأربع لأنه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه بمعيبة عيبا يرد به في النكاح لأن فيه ضررا به وتفويتا لماله فيما لا مصلحة له فيه فإن فعل خرج في صحة النكاح وجهان فإن قلنا يصح فهل للولي الفسخ في الحال ؟ على وجهين مضى توجيههما في تزويج الصغيرة بمعيب ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فلهما الفسخ وليس له تزويجه بأمة لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معدوم في المجنون

فصل : وإذا زوج ابنة تعلق الصداق بذمة الابن موسرا كان أو معسرا لأنه عقد للاين فكان عليه بذله كثمن المبيع وهل يضمنه الأب ؟ فيه روايتان : احداهما : يضمنه نص عليه فقال تزويج الأب لابنه الطفل جائز ويضمن الأب المهر لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان والأخرى : لا يضمنه لأنه

عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كثمن مبيعه أو كالوكيل قال القاضي هذا أصح وقال إنما الروايتان فيما إذا كان معسرا أما الموسر فلا يضمن الأب عنه رواية واحدة فإن طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق فإن كان ذلك بعد دفع الأب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن وليس للأب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لأن الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه فأشبه ما لو وهبه الأب أجنبيا ثم وهبه الأجنبي للابن ويحتمل أن يرجع فيه لأنه تبرع عن ابنه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول وإن ارتدت قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق ." (١)

" مسألة وفصول كون رضاع الولد انما يجب على الأب وحده وفروع في الرضاع

مسألة : قال : وعلى الأب أن يسترضع لولده إن أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

الفصل الأول : أن رضاع الولد على الأب وحده وليس له إجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أم شريفة سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافا فأما إن كانت مع الزوج فكذلك عندنا وبه يقول الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى و الحسن بن صالح : له إجبارها على رضاعها وهو قول أبي ثور ورواية عن مالك لقول الله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ والمشهور عن مالك أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه وإن كانت ممن ترضع في العادة أجبرت عليه

ولنا قوله تعالى : ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾ وإذا اختلفا فقد تعاسرا ولأن الإجبار على الرضاع لا يخلو إما أن يكون لحق الولد أو لحق الزوج أو لهما : لا يجوز أن يكون لحق الزوج فإنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما يختص به ولا يجوز أن يكون لحق الولد فإن ذلك لو كان له للزمها بعد الفرقة ولأنه مما يلزم الوالد لولده فلزم الأب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة ولا يجوز أن يكون لهما لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حال الاتفاق وعدم التعاسر

---

(١) المغني، ٣٩٢/٧

الفصل الثاني : إن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها فهي أحق به سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد وقال أصحاب الشافعي : إن كانت في حبال الزوج فلزوجها منعها من إرضاعه لأنه يفوت حق الاستمتاع بها في بعض الأحيان وإن استأجرها على رضاعة لم يجز لأن المنافع حق له فلا يجوز أن يستأجر منها ما هو أو بعضه حق له وإن أرضعت الولد فهل لها أجر المثل ؟ على وجهين وإن كانت مطلقة وطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها ليسلمه إلى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك وإن وجد متبرعة أو من ترضعه بدون أجر المثل فله انتزاعه منها في ظاهر المذهب لأنه لا يلزمه المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها وقال أبو حنيفة : إن طالبت الأجر لم يلزم الأب بذلها لها ولا يسقط حقها من الحضانة وتأتي المرضعة عندها لأنه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز الإخلال بأحدهما

ولنا على الأول ما تقدم وعلى جواز الاستئجار أنه عقد إجارة يجوز من غير الزوج إذا أذن فيه فجاز مع الزوج كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة وقولهم إن المنافع مملوكة له غير صحيح فإنه لو ملك منفعة الحضانة لملك إجبارها عليها ولم تجز إجارة نفسها لغيره بإذنه ولكانت الأجرة له وإنما امتنعت إجارة نفسها لأجنبي بغير إذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الأوقات ولهذا جازت بإذنه وإذا أستأجرها فقد أذن لها في إجارة نفسها فصح كما يصح من الأجنبي وأما الدليل على وجوب تقديم الأم إذا طلبت أجر مثلها على المتبرعة فقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ ولأن الأم أحنى وأشفق ولبنها أمرأ من لبن غيرها فكانت أحق به من غيرها كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها ولأن في رضاع غيرها تفويتا لحق الأم من الحضانة وإضرارا بالولد لا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب والإضرار بالولد لغرض إسقاط حق أوجبه الله تعالى على الأب وقول أبي حنيفة يفضي إلى تفويت حق الولد من لبن أمه وتفويت الأم في إرضاعه لبنها فلم يجز ذلك كما لو تبرعت برضاعه فأما إن طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ووجد الأب من ترضعه بأجر مثلها أو متبرعة جاز انتزاعه منها لأنها أسقطت حقها باشتطاطها وطلبها ما ليس لها فدخلت في عموم قوله : ﴿ فسترضع له أخرى ﴾ وإن لم يجد مرضعة إلا بمثل تلك الأجرة فالأم أحق لأنهما تساوتا في الأجر فكانت الأم أحق كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها

فصل : وإن طلبت ذات الزوج الأجنبي إرضاع ولدها بأجرة مثلها بإذن زوجها ثبت حقها وكانت أحق به من غيرها لأن الأم إنما منعت من الإرضاع لحق الزوج فإذا أذن فيه زال المانع فصارت كغير ذات الزوج وإن منعها الزوج سقط حقها لتعذر وصولها إلى ذلك

فصل : وإن أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه لقول الله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ولأنها تستحق عليه قدر كفايتها فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها والله أعلم ." (١)

" مسألة وفصل في طرح السهام إذا قسم وشروط القاسم

مسألة : قال : وإذا قسم طرحت السهام فيصير لكل واحد ما وقع سهمه عليه إلا ان يتراضيا فيكون لكل واحد ما رضي به

وجملته أن القسمة على ضربين قسمة إجبار وقسمة تراضي وقد ذكرنا أن قسمة **الإجبار** ما أمكن التعديل فيها من غير رد ولا تخلو من أربعة أقسام أحدها : أن تكون السهام متساوية وقيمة أجزاء المقسوم متساوية الثاني : أن تكون السهام متساوية وقيمة الأجزاء مختلفة الثالث : أن تكون السهام مختلفة وقيمة الأجزاء متساوية الرابع : أن تكون السهام مختلفة والقيمة مختلفة فأما الأول فمثل أرض بين ستة لكل واحد منهم سدسها وقيمة أجزاء الأرض متساوية فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية لأنه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة لتساوي أجزائها في القيمة ثم يقرع بينهم وكيفما أقرع بينهم جاز في ظاهر كلام أحمد فإنه قال في رواية أبي داود إن شاء الله رقاعا وإن شاء خواتيم يطرح ذلك في حجر من لم يحضر ويكون لكل واحد خاتم معين ثم يقال اخرج خاتما على هذا السهم فمن خرج خاتمه فهو له وعلى هذا لو أقرع بالحصا أو غيره جاز واختار أصحابنا في القرعة أن يكتب رقاعا متساوية بعددالسهام وهو ههنا مخير بين أن يخرج الأسماء على السهام وبين اخراج السهام على الأسماء فإن أخرج الأسماء على السهام كتب في كل رقعة اسم واحد من الشركاء وتترك في بنادق طين أو شمع متساوية القدر والوزن ويترك في حجر من لم يحضر القسمة ويقال له أخرج بندقة على هذا السهم فإذا أخرجها كان ذلك السهم لمن خرج اسمه في البندقة ثم يخرج أخرى على سهم آخر كذلك حتى يبقى الأخير فيتعين لمن بقي وإن اختار اخراج السهام على الأسماء كتب الرقاع أسماء السهام فيكتب في رقعة الأول مما يلي جهة كذا وفي أخرى الثاني حتى يكتب الستة ثم يخرج الرقعة واحد بعينه فيكون له السهم الذي في الرقعة ويفعل ذلك حتى يبقى الأخير

(١) المغني، ٣١٣/٩

لمن بقي وذكر أبو بكر أن البنادق تجعل طينا وتطرح في ماء ويعين واحد فأي البنادق انحل الطين عنها وخرجت رقعتها على الماء فهي له وكذلك الثاني والثالث وما بعده فإن خرج اثنان أعيد الإقراع والأول أولى وأسهل

القسم الثاني : أن تكون السهام متفقة والقيمة مختلفة فإن الأرض تعدل بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة ويفعل في إخراج السهام مثل الذي قبله سواء لا فرق بينهما إلا أن التعديل ثم بالسهام وههنا بالقيمة

القسم الثالث : أن تكون القيمة متساوية والسهام مختلفة مثل أرض ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها وأجزاؤها متساوية القيمة فإنها تجعل سهاما بقدر أقلها وهو السدس فتجعل ستة أسهم وتعدل بالأجزاء ويكتب ثلاث رقاع باسمائهم ويخرج رقعة على السهم الأول فإن خرجت لصاحب السدس أخذه ثم يخرج أخرى على الثاني فإن خرجت لصاحب الثلث أخذ الثاني والثالث وكانت الثلاثة الباقية لصاحب النصق بغير قرعة وإن خرجت القرعة الثانية لصاحب النصف أخذ الثاني والثالث والرابع وكان الخامس والسادس لصاحب الثلث وإن خرجت القرعة الأولى لصاحب النصف أخذ الثلاثة الأول وتخرج الثانية على الرابع فإن خرجت لصاحب الثلث أخذه والذي يليه وكان السدس لصاحب السدس فان خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ الآخر الخامس والسادس وإن خرجت الأولى لصاحب الثلث أخذ الأول والثاني ثم يخرج الثانية على الثالث فان خرجت لصاحب النصف أخذ الثالث والرابع والخامس وأخذ الآخر السادس وإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ صاحب النصف ما بقي وقيل تكتب ستة رقاع باسم صاحب النصف ثلاث وباسم صاحب الثلث اثنان وباسم صاحب السدس واحدة وهذا لا فائدة فيه فان المقصود خروج اسم صاحب النصف وإذا كتب ثلاث رقاع حصل المقصود فاغنى ولا يصح أن يكتب رقاعا بأسماء السهام ويخرجها على أسماء الملاك لأنه إذا أخرج واحدة فيها السهم الثاني لصاحب السدس ثم أخرج أخرى لصاحب النصف أو الثلث فيهما السهم الأول احتاج أن يأخذ نصيبه متفرقا فيتضرر بذلك

القسم الرابع : إذا اختلف السهام والقيمة فان القاسم يعدل السهام بالقيمة ويجعلها ستة أسهم متساوية القيم ثم يخرج الرقاع فيها الاسماء على السهام كما ذكرنا في القسم الثالث سواء لا فصل بينهما إلا أن التعديل ههنا بالقيم وفي التي قبلها بالمساحة وأما الضرب الثاني وهي قسمة التراضي التي فيها رد ولا يمكن تعديل السهام إلا أن يجعل مع بعضها عوض فهذه لا اجبار فيها لأنها معاوضة ولا يجبر على

المعاوضة وكذلك سائر ما لا تجب قسمته الدارين تجعل كل واحدة منهما سهما وما يدخل الضرر عليهما بقسمته وأشباه هذا وقد ذكرنا منه صورا فيما تقدم

إذا ثبت هذا فان قسمة **الاجبار** تلزم باخراج القرعة لأن قرعة قاسم الحاكم بمنزلة حكمه فيلزم باخراجها كلزوم حكم الحاكم وأما قسمة التراضي ففيها وجهان أحدهما : يلزمه أيضا كقسمة **الاجبار** لأن القاسم كالحاكم وقرعته كحكمة والثاني : لا تلزم لأنها بيع والبيع يلزم بالتراضي لا بالقرعة وإنما القرعة ههنا لتعريف البائع من المشتري فأما ان تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما واحدا من السهمين بغير قرعة فانه يجوز لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما وكذلك لو خير أحدهما صاحبه فاختار ويلزم ههنا بالتراضي وتفرقهما كما يلزم البيع

فصل : ويجوز للشريكين أن يقتسما بانفسهما وان يأتيا الحاكم لينصب بينهما قاسما يقسم لهما وان ينصبا قاسما يقسم لهما فان نصيب الحاكم قاسما لهما فمن شرطه العدالة ومعرفة الحساب والقيمة والقسمة ليوصل إلى كل ذي حق حقه وهذا قول الشافعي إلا أنه يشترط كونه حرا وان نصيبا قاسما بينهما فكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة فهو كقاسم الحام في لزوم قسمته بالقرعة وان كان كافرا أو فاسقا أو غير عارف بالقسمة لم تلزم قسمته إلا بتراضيهما بها ويكون وجوده كعدمه فيما يرجع إلى لزوم القسمة ويجزئ قاسم واحد فيما الا يحتاج الى تقويم فان احتاج القسم الى التقويم احتاج الى قاسمين لأنه يحتاج الى أن يكون المقوم اثنين ولا يكفي في التقويم واحد فمتى نصبا قاسما أو نصبه الحاكم وكانت الشروط فيه متحققة لزمت القسمة بقرعته إن اختل فيه بعض الشروط لم تلزم القسمة الا بتراضيهما لأن وجوده وعدمه واحد وإن قسما بانفسهما وأقرعا لم تلزم القسمة الا بتراضيهما بعد القرعة لأنه لا حاكم بينهما ولا من يقوم مقامه ." (١)

" فصول أحكام مختلفة في القسمة والمتقاسمين

فصل : وعلى الامام أن يرزق القاسم من بيت المال لأن هذا من المصالح وقد روي أن عليا رضي الله عنه اتخذ قاسما وجعل له رزقا من بيت المال فان لم يرزقه الامام قال الحاكم للمتقاسمين ادفعا الى القاسم أجرة ليقسم بينكما فان استأجره كل واحد منهما بأجر معلوم ليقسم نصيبه جاز وإن استأجروه جميعا اجارة ليقسم بينهم الدار بإجر واحد معلوم لزم كل واحد منهم من الأخر بقدر نصيبه من المقسوم وبهذا قال

---

(١) المغني، ٥٠٣/١١

الشافعي وقال أبو حنيفة يكون عليهم على عدد رؤوسهم لأن عمله في نصيب أحدهما كعملة في نصيب الآخر سواء تساوت سهامهم أو اختلف فكان الأجر بينهم سواء

ولنا أن أجر القسمة يتعلق بالملك فكان بينهم على قدر الاملاك كنفقة العبد وما ذكروه لا يصح لأن العمل في أبر النصيبين أكثر ألا ترى أن المقسوم لو كان مكيلا أو موزونا كان كيل الكثير أكثر عملا من كيل القليل ؟ وكذل الوزن والزرع وعلى أنه يبطل بالحافظ فان حفظ القليل والكثير سواء ويختلف أجره باختلاف المال

فصل : وأجرة القسمة بينهما وإن كان أحدهما الطالب لها وبهذا قال أبو يوسف ومحمد و الشافعي وقال أبو حنيفة هي على الطالب للقمسة لأنها حق له

ولنا أن الأجرة تجب بإفراز الأنصباء وهم فيها سواء فكانت الأجرة عليها كما لو تراضوا عليها

فصل : وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطا في القسمة وأنه أعطي دون حقه نظرت فإن كانت قسمته تلزم بالقرعة ولا تقف على تراضيهما فالقول قول عليه مع يمينه ولا تقبل دعوى المدعى إلا ببينة عادلة فإن أقام شاهدين عدلين نقصت القسمة وأعيدت وإن لم تكن بينة وطلب يمين شريكه أنه لا فضل معه احلف له وإنما قدمنا قول المدعى عليه لأن الظاهر صحة القسمة وأداء الأمانة فيها وإن كانت مما لا تلزم إلا بالتراضي كالذي قسماه بأنفسهما ونحوه لم تسمع دعوى من ادعى الغلط هكذا قال أصحابنا وهو مذهب الشافعي لأنه قد رضي بذلك ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه تلزمه والصحيح عندي أن هذه كالتي قبلها وأنه متى أقام البينة بالغلط نقضت القسمة لأن ما ادعاه محتمل ثبت ببينة عادلة فأشبه ما لو شهد على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه ثم ادعى غلطا في كيله أو وزنه

وقولهم أن حقه من الزيادة سقط برضاه لا يصح فإنه إنما يسقط مع علمه أما إذا ظن أنه أعطي حقه فرضي بناء على هذا ثم بان له الغلط فلا يسقط به حقه كالثمن والمسلم فيه فإنه لو قبض المسلم فيه بناء على أنه عشرة مكاييل راضيا بذلك ثم ثبت أنه ثمانية أو ادعى المسلم إليه أنه غلط فأعطاه اثني عشر وثبت ذلك ببينة لم يسقط حق واحد منهما بالرضا ولا يمنع سماع دعواه وبينته ولأن المدعى عليه في مسألتنا لو أقر بالغلط لنقضت القسمة ولو سقط حق المدعي بالرضا لما نقضت القسمة بإقراره كما لو وهبه الزائد وقد ذكر أصحابنا وغيرهم فيمن باع دارا على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة أو أحد عشر أن البيع باطل في أحد الوجهين وفي الآخر تكون الزيادة للبائع والنقص عليه والبيع إنما يلزم بالتراضي فلو كان التراضي يسقط حقه من الزيادة لسقط حق البائع من الزيادة وحق المشتري من النقص والله أعلم

ولأن من رضي بشيء بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط به حقه كما لو اقتسما شيئا وتراضيا به ثم بان نصيب أحدهما مستحقا فإن قيل : فلم لا تعطي المظلوم حقه في هاتين المسألتين ولا تنقض القسمة كما لو تبين الغلط في الثمن أو المسلم فيه قلنا لأن الغلط ههنا في نفس القسمة بتفويت شرط من شروطها وهو تعديل السهام فتبطل لفوات شرطها وفي المسلم والثمن الغلط في القبض دون العقد فإن العقد قد تم بشروطه فلا يؤثر الغلط في قبض عوضه في صحته بخلاف مسألتنا

فصل : إذا اقتسم الشريكان شيئا فبان بعضه مستحقا نظرت فإن كان معينا في نصيب أحدهما بطلت القسمة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تبطل بل يخير من ظهر المستحق في نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقي من حقه كما لو وجد عيبا فيما أخذه

ولنا أنها قسمة لم تعدل فيها السهام فكانت باطلة كما لو فعلا ذلك علمهما بالحال وأما إذا بان نصيب أحدهما معيبا فيحتمل أن تمنع المسألة ونقول ببطلان القسمة لعدم التعديل بالقيمة ويحتمل أن يفرق بينهما فإن العيب لا يمكن التحرز منه فلم يؤثر في البطلان كالبيع وإن كان المستحق في نصيبهما على السواء لم تبطل القسمة لأن ما يبقى لكل واحد منهما بعد المستحق قدر حقه ولأن القسمة إفراز حق أحدهما من الآخر وقد أفرز كل واحد منهما حقه إلا أن يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائة أو ضوئه أو نحو هذا فتبطل القسمة لأن هذا يمنع التعديل وإن كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من الآخر بطلت لما ذكرناه وإن كان المستحق مشاعا في نصيبهما بطلت القسمة لأن الثالث شريكهما وقد اقتسما من غير حضوره ولا إذنه فأشبه ما لو كان لهما شريك يعلمانه فاقتسما دونه وإن كانا يعلمان المستحق حال القسمة أو أحدهما فالحكم فيها كما لو لم يعلما على ما ذكرنا من التفصيل فيه والله أعلم

فصل : وإذا ظهر في نصيب أحدهما عيب لم يعلمه قبل القسمة فله فسخ القسمة أو الرجوع بأرش العيب لأنه نقص في نصيبه فملك ذلك كالمشتري ويحتمل أن تبطل القسمة لأن التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع

فصل : وإذا اقتسما دارين فأخذ كل واحد منهما دارا وبنى فيها أو اقتسما أرضين فبنى أحدهما في نصيبه أو غرش ثم استحق نصيبه ونقض بناؤه وقلع غرسه فإنه يرجع على شريكه بنصف البناء والغرس ذكره الشريف أبو جعفر وحكاه أبو الخطاب عن القاضي وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن ليس له الرجوع عليه بشيء لأنه بنى وغرس بإختيار نفسه فلم يرجع بنقص ذلك على غيره كما لو بنى في ملك نفسه

ولنا أن هذه القسمة بمنزلة البيع فإن الدارين لا يقسمان قسمة إجبار على أن تكون كل واحدة منهما نصيبا وإنما يقسمان كذللك بالتراضي فتكون جارية مجرى البيع ولو باعه الدار جميعها ثم بانت مستحقة رجع عليه بالبناء كله فإذا باعه نصفها رجع عليه بنصفه وكذلك يخرج في كل قسمة جارية مجرى البيع وهي قسمة التراضي الذي فيه رد عوض وما لا يجبر على قسمته لضرر فيه ونحو ذلك فأما قسمة **الإجبار** إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا بعد البناء والغرس فيه فنقض البناء وقلع الغرس فإن قلنا القسمة بيع فالحكم فيها كذلك وإن قلنا ليست بيعا لم يرجع لأن شريكه لم يغره ولم ينقل إليه من جهته بيع وإنما أفرز حقه من حقه فلم يضمن له ما غرم فيه هذا الذي يقتضيه قول اصحابنا

فصل : وإذا اقتسم الورثة تركة الميت ثم بان عليه دين لا وفاء له إلا مما اقتسموه لم تبطل القسمة لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها لأنه تعلق بها بغير رضاهم فأشبه تعلق دين الجناية برقبة الجاني ويفارق الرهن لأن الحق يتعلق به برضا مالكه واختياره فعلى هذا يقال للورثة إن شئتم وفيتم الدين والقسمة بحالها وإن شئتم نقضت القسمة وبيعت التركة في الدين فإن أجاب أحدهم وامتنع الآخر بيع نصيب الممتنع وحده وبقي نصيب المجيب بحاله وإن كان ثم وصية يجزء من المقسوم فالحكم فيه كما لو ظهر مستحقا على مر من التفصيل فيه لأنه يستحق أخذه وإن كانت الوصية بمال غير معين مثل أن يوصي بمائة دينار فحكمها حكم الدين على ما بينا

فصل : وإذا طلب أحد الشريكين من الآخر المهايأة من غير قسمة ما في الأجزاء بأن يجعل لأحدهما بعض الدار يسكنها أو بعض الحقل يزرعه ويسكن الآخر ويزرع في الباقي أو يسكن أحدهما ويزرع سنة ويسكن الآخر ويزرع سنة أخرى لم يجبر الممتنع منهما وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة و مالك يجبر لأن في الامتناع ضررا فينتفي بقوله عليه السلام : [لا ضرر ولا ضرار] ووافقنا أبو حنيفة في العبيد خاصة على أنه لا يجبر على المهايأه

ولنا أن النهايأة فلا يجبر عليها كالبيع ولأن حق كل واحد في المنفعة عاجل فلا يجوز تأخيره بغير رضاه كالدين وكما في العبيد عند أبي حنيفة ويخالف قسمة الأصل فإنه إفراز النصيبين وتمييز أحد الحقين

إذا ثبت هذا فإنهما إذا اتفقا على المهايأة جاز لأن الحق لهما فجاز فيه ما تراضيا عليه كقسمة التراضي ولا يلزم بل متى رجع أحدهما عنها انتقضت المهايأة ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك وانتقضت المهايأة ووافق أبو حنيفة وأصحابه في انتقاضها بطلب القسمة وقال مالك تلزم المهايأة لأنه يجبر لأنه يجبر عليها عنده فلزمت كقسمة الأصل

ولنا أنه بذل منافع ليأخذ من غير إجارة فلم يلزم كما لو أعاره شيئا ليعيره شيئا آخر إذا احتاج إليه وفارق القسمة فإنها إفراز حق على ما ذكرناه

فصل : قال أحمد في قوم اقتسموا دارا وحصل لبعضهم فيها زيادة أذرع ولبعضهم نقصان ثم باعوا الدار جملة واحدة قسمت الدارب بينهم على قدر الأذرع يعني أن الثمن يقسم بينهم على قدر ملكهم فيها وهذا محمول على أن زيادة أحدهما في الأذرع كزيادة ملكه فيها مثل أن يكون لأحدهما الخمسان فيحصل له أربعون ذراعا وللآخر ثلاثة أخماس فيحصل له ستون فإن الثمن يقسم بينهما أخماسا على قدر ملكهما في الدار فإن كانت زيادة الأذرع لرداءة ما أخذه صاحبها مثل دار بينهما نصفين فأخذ أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعا وأخذ الآخر من رديئها ستين ذراعا فلا ينبغي أن يقسم الثمن على قدر الأذرع بل يقسم بينهما نصفين لأن الستين ههنا معدولة بالأربعين فكذلك يعدل بها في الثمن والله أعلم وقال أحمد في قوم اقتسموا دارا كانت أربعة سطوح يجري عليها الماء فلما اقتسموا أراد أحدهم منع جريان ماء الآخر عليه وقال هذا شيء قد صار لي قال إن كان بينهما شرط أنه يرد الماء فله ذلك فإن لم يشترط فليس له منعه ووجهه أنهم اقتسموا الدار واطلقوا فاقتضى ذلك أن يملك كا واحد حصته بحقوقها وكما لو اشتراها بحقوقها ومن حقها جريان مائها في ماء كان يجري إليه معتادا له وهو على سطح المانع فلهذا استحقه حالة الإطلاق فإن تشارطا على رده فالشرط أملك والمؤمنون على شروطهم وقال أبو الخطاب إذا اقتسما دارا فحصل الطريق في نصيب أحدهما وكان لنصيب الآخر منفذ يتطرق منه وإلا بطلت القسمة وذلك لأن القسمة تقتضي التعديل والنصيب الذي لا طريق له لا قيمة له إلا قيمة قليلة فلا يحصل التعديل ولأن من شرط الإجبار على القسمة أن يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به وهذا لا ينتفع به وهذا لا ينتفع به آخذه فإن كان قد أخذه راضيا به عالما بأنه لا طريق له جاز لأن قسمة التراضي بيع وشراؤه على هذا الوجه جائز وقياس المسألة التي قبل هذه أن الطريق تبقى بحالها في نصيب الآخر ما لم يشترط صرفها عنه كمجرى الماء والله أعلم

فصل : قال وللأب والوصي قسمة مال الصغير مع شريكه لأن القسمة أما إفراز حق أو بيع وكلاهما جائز لهما ولأن في القسمة مصلحة للصبي فجازت كالشراء له ويجوز لهما قسمة التراضي من غير زيادة في العوض لأن فيه دفعا لضرر الشركة فأشبه ما لو باعه لضرر الحاجة إلى قضاء الدين أو الحاجة إلى النفقة

فصل : ولا تصح ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو من فوض الإمام إليه ذلك فإن كان من ولاه ليس بعدل فهل تصح ولايته ؟ على وجهين ويلزم الإمام أن يختار للقضاء بين المسلمين أفضل من يقدر عليه

لهم والألفاظ التي تنعقد بها الولاية تنقسم إلى صريح وكناية فالصريحة سبعة ألفاظ وهي قد وليتك الحكم وقلدتك واستنبتك واستخلفتك ورددت إليك الحكم وفوضت إليك وجعلت إليك فإذا وجد أحد هذه الألفاظ من المولي وجوابها من المولى بالقبول انعقدت الولاية وأما الكناية فهي أربعة ألفاظ قد اعتمدت عليك وعولت عليك ووكلت إليك واستندت إليك فلا تنعقد الولاية بها حتى تقترن بها قرينة نحو قوله فاحكم فيما وكلت إليك وانظر فيما أسندت إليك وتول ما عولت فيه عليك وإذا صحت الولاية وكانت عامة استفاد بها النظر في عشرة أشياء فصل الخصومات بين المتنازعين واستيفاء الحق ممن ثبت عليه ودفعه إلى مستحقه والنظر في أموال اليتامى والمجانين والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس والنظر في الوقوف في عمله في حفظ أصولها وإجراء أصولها فروعها على ما شرطه الواقف وتزويج الأيامى اللاتي لا أولياء لهن وإقامة الحدود والنظر في مصالح المسلمين في عمله بكف الأذى عن طرقات المسلمين وأفنيتهم وتصفح حال شهوده وأمنائه والاستبدال بمن ثبت جرحه منهم والإمامة في صلاة الجمعة والعيد وفي جباية الخراج وأخذ الصدقة وجهان

فصل : قال ويوصي الوكلاء والأعيان على بابه بتقوى الله تعالى والرفق بالخصوم وقلة الطمع ويجتهد أن لا يكونوا شيوخا أو كهولا من أهل الدين والصيانة والعفة

فصل : قال ابن المنذر يكره للقاضي أن يفتي في الأحكام كان شريح يقول أنا أقضي ولا أفتي وأما الفتيا في الطهارة وسائر ما لا يحكم في مثله فلا بأس بالفتيا فيه ." (١)

" حكم ما لو كان ثلاثة أعبد فأعتقهم في مرض موته

مسألة : قال : وإذا كان له ثلاثة أعبد فأعتقهم في مرض موته أو دبرهم أو دبر أحدهم وأوصى بعتق الآخرين ولم يخرج من ثلثه إلا واحد لتساوي قيمتهم أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فمن وقع له سهم الحرية عتق دون صاحبيه

وجملة ذلك أن العتق في مرض الموت والتدبير بالعتق يعتبر خروجه من الثلث لأن النبي صلى الله عليه و سلم لم يجز من عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه إلا ثلثهم ولأنه تبرع بمال أشبه الهبة فإن أعتق أكثر من الثلث لم يجز إلا الثلث فإن أعتق عبيدا في مرضه واحدا بعد واحد بدئ بالأول فالأول حتى يستوفي الثلث وإن وقع العتق دفعة واحدة لم يخرجوا من الثلث أقرع بينهما فأخرج الثلث بالقرعة ومسألة الخرقي فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة ولم يكن له ماله سواهم

---

(١) المغني، ١١/٥٠٨

وأما إن دبرهم استوى المقدم والمؤخر لأن التدبير عتق معلق بشرط وهو الموت والشرط إذا وجد ثبت المشروط به في وقت واحد وكذلك الوصي بعتقه يستوي وهو والتدبير لأن الجميع عتق بعد الموت فمتى أعتق ثلاثة أعبد متساوين في القيمة هم جميع ماله دفعة واحدة أو دبرهم أو وصى بعتقهم أو دبر بعضهم بعتق باقيهم ولم يجز الورثة أكثر من الثلث أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق صاحباه وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وابان بن عثمان ومالك مالك و إسحاق و داود و ابن جرير

وقال أبو حنيفة : يعتق منكل واحد ثلثه ويستسعى في باقيه وروى نحو هذا عن سعيد بن مسيب وشريح و النخعي و قتادة و حماد لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون في الاستحقاق كما كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما له أوصى بكل واحد منهم لرجل وأنكر أصحاب أبي حنيفة القرعة وقالوا : هي القمار وحكم الجاهلية ولعلهم يردون الخبر الوارد في هذه المسألة لمخالفته قياس الأصول وذكر الحديث لحماد فقال : هذا قول الشيخ - يعني إبليس - فقال له يا محمد بن ذكوان : وضع القلم عن ثلاثة أحدهم المجنون حتى يفيق - يعني أنه مجنون - فقال له حماد ما دعاك إلى هذا ؟ فقال محمد : أنت فما دعاك إلى هذا ؟ وهذا قليل في جواب حماد وكان حريا أن يستتاب عن هذا فإن تاب وإلا ضربت عنقه

ولنا ما روى عمران بن الحصين [أن رجلا من الأنصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال غيرهم فجزاهم رسول الله صلى الله عليه و سلم ستة فأعتق اثنين وأرق أربعة] وهذا نص في محل النزاع وحجة لنا في الأمرين المختلف فيهما وهما جمع الحرية واستعمال القرعة وهو حديث صحيح ثابت رواه مسلم و أبو داود وسائر أصحاب السنن ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وأبو المهلب ثلاثة أئمة ورواه الإمام أحمد عن إسحاق بن عيس عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي زيد الأنصاري عن النبي صلى الله عليه و سلم

قال أحمد : أبو زيد الأنصاري رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه و سلم وروي نحوه عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم ولأنه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الإجبار إذا طلبها أحدج الشريكين ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بيت أثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لا ضرر في قسمتها فطلب أحدهما القسيمة فإنه يجعل كل بيت سهما ويقرع بينهم بثلاثة أسهم لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان

وقولهم إن الخبر قياس الأصول نمنع ذلك بل هو موافق له لما ذكرناه وقياسهم فاسد لأنه إذا كان ملكه ثلثهم وحده لم يمكن جمع نصيبه والوصية لا ضرر في تفريقها بخلاف مسألتنا وإن سلمنا مخالفته قياس الأصول فقول رسول الله صلى الله عليه و سلم واجب الإتباع سواء وافق القياس أو خالفه لأنه قول المعصوم الذي جعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجمعين وأمرنا بإتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفة أمره وجعل الفوز في طاعته والضلال في معصيته وتطرق الخطأ إلى القائس أغلب من تطرقه الخطأ إلى أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم والأئمة بعدهم في روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الأصول بأحاديث ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر ونقضوا الوضوء بالقهقهة في الصلاة دون خارجها وقولهم في مسألتنا في مخالفة القياس والأصول أشد وأعظم والضرر في مذهبهم أعظم وذلك لأن الإجماع منعقد على أن صاحب ،الثلث في الوصية وما في معناها لا يحصل له شيء حتى يحصل للورثة مثلاه وفي مسألتنا يعتقون الثلث ويستسعون العبد في الثلثين فلا يحصل للورثة شيء في الحال أصلا وربما لا يحصل منها في الشهر إلا الدرهم أو درهمان فيكون هذا في حكم من لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لأنهم يجيزونهم على الكسب والسعاية عن غير اختيار منهم وربما كان المجبر على ذلك جارية فيحملها ذلك البغاء أو عبيدا فيسرق أو يقطع للطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته إلى الظلم والإضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيد وورثته وقد روى عن النبي صلى الله عليه و سلم في الحديث الذي ذكرنا في حق الذي فعل قال [لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين] قال ابن عبد البر في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع المخالفة قال الله تعالى ﴿ وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مري ﴾ وقال تعالى ﴿ فس،هم فكان من المدحضين ﴾ وأما السنة فقال أحمد : وفي لقرعة خمس سنن أقرع بين نسائه و [أقرع في ستة مملوكين وقال لرجلين استهما] وقال : [مثل القائم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة] وقال : [لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول لا ستهموا عليه] وفى الحديث الزبير أن صفيه جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة رضي الله عنه فوجدنا إلى جنبه قتيلا فقلنا لحمزة ثوب وللأنصاري ثوب فوجدنا أحد الثوبين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم كفنا كل واحد في الثوب الذي صار له وتشاج الناس يوم القادسيه في الأذان فأقرع بينهم سعد وأجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا أعلم بينهم خلافا في أن الرجل يقرع بين نسائه إذا أراد

السفر بأحدهن وإذا أراد البداية بالقسمة بينهن وبين الأولياء إذا تساووا وتشاحوا يتولى التزويج أو من يتولى استيفاء القصاص وأشباه هذا ." (١)

"ووجه الثانية: وهي الصحيحة أنها ولاية تنتقل إلى غيره بموته فجاز أن يقطعها بفعله، دليله الولاية في المال على أولاده الصغار لما كان الحق في ذلك إلى الحاكم وجاز له إسقاطه بالوصية إلى غيره كذلك هاهنا وكذلك ثلث التركة له أن يوصي بذلك، وإن كان الحق في ذلك للورثة كذلك هاهنا.رقم الجزء: ٢ رقم الصفحة: ٨٠إجبار الأب لابنته البكر البالغ على النكاح:٥ . مسألة: في الأب هل يملك إجبار ابنته البكر البالغ على النكاح؟فنقل الأثرم والميموني : يملك وهو اختيار الخرقي.ونقل عبد الله : إذا بلغت تسع سنين فلا يزوجها أبوها ولا غيره إلا بإذنها.ووجه الثانية: وهي الصحيحة: أن من لم يفتقر نكاحها إلى نطقها مع قدرتها على النطق لم يفتقر إلى رضاها قياسا على البكر الصغيرة.وجه الأولى: أنها تملك التصرف في مالها بنفسها فلم يملك الأب إجبارها دليله الثيب.رقم الجزء: ٢ رقم الصفحة: ٨١إجبار الأب ل ا بنته الثيب الصغيرة على النكاح:٦ . مسألة: في الثيب الصغيرة هل يملك الأب إجبارها على النكاح؟فقال أبو بكر في كتاب الخلاف: أنه يملك **الإجبار**. وقال شيخنا أبو عبد الله وأبو عبد الله بن بطة وأبو حفص بن المسلم : لا يملك إجبارها. وجه قول أبي بكر أنها غير متصرفة في مالها فجاز إجبارها على النكاح دليله البكر الصغيرة.---ووجه من قال: لا يملك إجبارها وهو الصحيح أنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع فلم يملك إجبارها على النكاح كالثيب الكبيرة ولأنها قد اختبرت المقصود فلم يثبت عليها اجبار فيه كما أن من اختبر أمر المال لا يثبت عليه إجبار فيه.رقم الجزء: ٢ رقم الصفحة: ٨١النكاح الموقوف على الإجازة:٧ . مسألة: في النكاح هل يصح أن يقع موقوفا على الإجازة؟." (٢)

"& باب أحكام الجوار &

يلزم أعلى الجارين سطحا بناء سترة تمنع مشارفته على الأسفل فان استويا ألزم الممتنع منهما بالبناء مع الآخر

ومن أحدث في ملكه ما يضر بجاره من تنور أو كنيف أو حمام أو رحى ونحوها فله منعه

ولو سقى أرضه أو أوقد فيها نارا فتعدى إلى ملك جاره فأتلفه لم يضمن إذا لم يكن فرط

---

(١) المغني، ٢٧٣/١٢

(٢) المسائل الفقهية، ٣٢١/١

ولا يجوز أن يتصرف في جدار لجاره أو لهما إلا بوضع الخشب إذا لم يضر به للأثر وهل له الوضع في جدار المسجد على روايتين

ومن انهدم لهما جدار أو سقف بين سفل أحدهما وعلو الآخر فطلب أحدهما أن يبنى الآخر معه أجبر وعنه لا يجبر لكن لشريكه بناؤه ومنعه مما كان له عليه من طرح خشب أو غيره فيمنع أيضا في صورة السقف من سكنى السفل في ظاهر قوله وقيل لا يمنع فإن بذل نصف قيمة البناء ليعود حقه أو نصف قيمة تالفه إن رده بالآلة العتيقة لزم الثاني قبوله أو أخذ الآلة إن كانت له ليبنياه منها فكذلك إن كان لهما بئر أو قناة واحتاجت أن تعمر أو انهدم السفل وطلب العلو بناءه فعلى **الإجبار** روايتان وينفرد مالك السفل ببنائه وعنه يشاركه صاحب العلو فيما يحمله منه

ومن اشترى علوا أسفله غير مبني ليبني عليه إذا بنى جاز إذا وصفا

ومن صولح بعوض على إجراء ماء في ملكه أو ممر فيه إلى دار أو فتح باب في حائطه أو وضع خشب عليه وكان ذلك معلوما جاز

ومن أخرج روشنا أو ميزابا إلى درب نافذ لم يجز وضمن ما تلف به إلا أن يكون بإذن الإمام ولا مضرة فيه وإن أخرجه إلى هواء جاره أو درب

". (١)

"

وعندي تبطل وصية التمام ههنا ويقتسم الآخران الثلث كأن لا وصية لغيرهما كما إذا لم يجاوز الثلث

مائة

وإذا أوصى لرجل بعبد ولآخر بتمام الثلث عليه فمات العبد قبل الموصي قومت التركة بدونه ثم ألقيت قيمته من ثلثها فما بقي فهو لوصية التمام & باب الموصى إليه &

لا تصح الوصية إلا إلى عاقل بالغ عدل وإن كان رقيقا أو امرأة ويشترط إسلامه إلا أن يكون الموصي كافرا ففيه وجهان

فإن وجدت هذه الشروط عند الموت دون الوصية فعلى وجهين الصحيح الصحة وعنه تصح الوصية إلى المراهق وإلى الفاسق ويضم إليه أمين

---

(١) المحرر في الفقه، ١/٣٤٣

ولا يصح أن يوصى إلا في معلوم له فعله كقضاء الديون ورد الودائع والغصوب وتفرقة الثلث والنظر لأطفاله وتزويج مولياته ويقوم الوصي مقامه في **الإجبار** وعدمه وعنه لا تصح الوصية بالنكاح وقال ابن حامد إن كان لها عصبة لم تصح الوصية بنكاحها وإلا فتصح

ولو أوصى إليه باستيفاء ديونه والورثة بلغ حضر أو غيب لم تصح

وللموصى إليه قبول الوصية قبل موت الموصي وبعده وعزل نفسه عنها فيهما إذا وجد حاكما وعنه ليس له عزلها بعد الموت ولا قبله إذا لم يعلمه بذلك

وللموصي عزله متى شاء

وليس للعبد إذا أوصي إليه أو وكل أن يقبل إلا بإذن سيده

ومن أوصى إلى رجل ثم بعده إلى آخر فهما وصيان إلا أن يقول قد عزلت الأول وليس لأحدهما أن يستقل بالتصرف إلا أن يجعل له ذلك ومن مات منهما أو جن أو فسق أبدل بأمين

وإذا جحد الورثة دينا يعلم به الوصي أو بعض التركة الموصى بتفرقة ثلثها

". (١)

"& باب القسمة &

لا يجوز قسمة الأملاك التي لا تنقسم إلا بضرر أو رد عوض إلا بتراضي الشركاء مثل الحمام والدور الصغار والإرض التي لا تتعدل بأجر ولا قيمة لبناء أو بئر في بعضها ونحو ذلك وهذه القسمة في حكم البيع لا يجوز فيها إلا ما يجوز فيه

فأما مالا ضرر فيه ولا رد عوض في قسمته كالقرية والبستان أو الدار الكبيرة والأرض أو الدكان الواسعة والمكيل والموزون من جنس من مثل الدبس وخل التمر وخل العنب والأدهان والألبان ونحوها إذا طلب الشريك قسمته أجبر الآخر عليها وهذه القسمة إقرار لا بيع في ظاهر المذهب فيجوز قسمة الوقف من ذلك وما بعضه وقف

ويجوز قسمة ثمر الشجر الذي يخرص خرصا وقسمة ما يؤكل وزنا وما يوزن كيلا وأن يتفرقا في قسمة ذلك قبل القبض

---

(١) المحرر في الفقه، ١/٣٩٢

وإذا حلف لا يبيع فقسم لم يحنث وحكى عن ابن بطة كونها كالبيع فتنعكس هذه الأحكام وعلى الوجهين تفسخ بالعيب ولاتوجب الشفعة وما بعضه وقف ولا تتعدل إلا برد عوض من أهل الوقف فتجوز قسمته بالتراضي على الأصح وإن كان الرد من رب المطلق لم يجز قسمته بحال

والضرر المانع من قسمة الإجبار نقص فيمة المقسوم بها في ظاهر كلامه وظاهر قول الخرقي أنه عدم النفع به مقسوما

وإن تضرر أحد الشريكين وحده كرب الثلث مع رب الثلثين بأن طلب المتضرر القسمة أجبر الآخر وإلا فلا إجبار وعنه أيهما طلب لم يجبر الآخر وحكى عن القاضي عكس الأولى

وما تلاصق من الدور والعقار والخانات فهو كالمتفرق

". (١)

"بينة وإن كان فيما قسمة قاسم نصبوه وكان فيما شرطا فيه الرضا بعد القرعة لم تسمع دعواه وإلا فهو كقاسم الحاكم

وإذا تقاسما ثم استحق من الحصتين شئ معين فالقسمة بحال في الباقي

وإن كان في إحداهما بطلت وإن كان شائعا فيهما أو في إحداهما بطلت أيضا وقيل لا تبطل في غير المستحق وقيل بالبطلان للإشاعة في إحداهما خاصة

وإذا اقتسم الورثة العقار ثم ظهر دين على الميت لم تبطل القسمة إلا أن نقول القسمة بيع فيكون كبيع التركة قبل قضاء الدين وفي صحته روايتان أصحهما الصحة

وإذا اقتسما دارا فحصل الطريق في حصة أحدهما ولا منفذ للآخر لم تصح القسمة وإن كان لها ظلة فوقعت في حصة أحدهما فهي له بمطلق العقد

وولي المولى عليه في قسمة الإجبار بمنزلته وكذلك في قسمة التراضي إذا رآها مصلحة ويقسم الحاكم على الغائب في قسمة الإجبار & باب الدعاوي والأيمان فيها &

المدعي من إذا سكت ترك والمدعي عليه من إذا سكت لم يترك ويختص اليمين المدعي عليه دون المدعي إلا في القسامة ودعاوي الأمناء المقبولة وحيث يحكم باليمين مع الشاهد أو نقول بردها

---

(١) المحرر في الفقه، ٢/٢١٥

فإذا تداعيا عينا في يد أحدهما فهي له مع يمينه بذلك إلا إن أقام له بينة فلا يحلف وإن كانت بأيديهما فهي بينهما مع تحالفهما إلا أن يدعي أحدهما نصفها فما دونه والآخر أكثر من بقيتها أو كلها فالقول قول مدعي الأقل مع يمينه فإن تداعياها وهي بيد ثالث فأقر بها لأحدهما بعينه فهي له مع يمينه ثم يحلف المقر للآخر على الأصح فإن نكل لزمه له عوضها وإن قال هي لأحدهما لا أعلم عينه فصدقاه في عدم العلم لم يحلف وإن كذباه أو أحدهما لزمه يمين واحدة بذلك ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه ولهما فعل

". (١)

"وإن كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة واحتاج إلى عمارة ففي إجبار الممتنع روايتان وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته وإذا عمره فالماء بينهما على الشركة (١)

١- فرع

لو بنيا جدارا بينهما نصفين والنفقة كذلك على أن ثلثه لواحد وباقيه للآخر وأن كلا منهما يحمله ما احتاج لم يصح فلو وصفا الحمل فوجهان فإن لم يكن بين ملكهما حائط فطلب أحدهما من الآخر بناء حاجز لم يجبر الآخر عليه رواية واحدة فإن أراد البناء وحده كان له ذلك في ملكه خاصة

(وإن كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة واحتاج إلى عمارة ففي إجبار الممتنع روايتان) أشهرهما **الإجبار** وجزم به في الوجيز بناء على الحائط المنهدم (وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته) كالحائط (وإذا عمره فالماء بينهما على الشركة) لأن العامر ليس فيه عين بل أثر فيجب أن يعود بينهما على ما كان ودل ذلك على أنه إذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لأنه ينبع من ملكهما وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه

تنبيه إذا كان سطح أحدهما أعلى فليس له الصعود على سطحه على وجه يشرف على جاره ويلزمه بناء سترة تمنع مشارفة الأسفل نقله ابن منصور وقيل ويشاركه كاستوائهما وإذا اتفقا على بناء حائط بستان فبناه أحدهما فما تلف من الثمرة بسبب إهمال الآخر ضمن نصيب شريكه ذكره الشيخ تقي الدين وفي إجبار الممتنع لبناء السفل بطلب الآخر روايات الثالثة وه

---

(١) المحرر في الفقه، ٢/٢١٨

(١) ".

"(١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) القرعة خمس سنن وأجمعوا على استعمالها في القسمة وإذا أراد الرجل السفر بإحدى نسائه وكذا إذا تشاح الأولياء في التزويج أو من يتولى القصاص ولأنه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة **الإجبار** مع الطلب وبذلك يبطل قول الخصم إنه مخالف للقياس ثم لو سلم فالحجة الحديث مطلقا فعلى هذا لا بد من تساوي القيمة والعدد فيهم كثلاثة أو ستة أو تسعة قيمة كل واحد منهم مثل قيمة الآخر فإن كانوا متساوي العدد دون القيمة كستة أعبد قيمة اثنين ثلاثمئة واثنين مائتان مائتان واثنين مائة مائة جعلت الاثنين اللذين قيمتهما اربعمئة جزءا وكل واحد من اللذين قيمتهما مائة مائة مع كل واحد من الأوليين جزءا وظاهر المتن أنه لا فرق بين أن يعتقهم في دفعة واحدة أو دفعات وأن العطايا يساوي بين متقدمها ومتأخرها فصل في كيفية القرعة

قال أحمد قال سعيد وابن جبير يقرع بينهم بالخواتيم أقرع بين اثنين في ثوب فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قال يخرجونهما ثم يدفع إلى رجل فيخرج منهما واحدا ثم قال أحمد بأي شيء خرجت مما

١-

(٢) ".

"و إن لاعن زوجته الأمة ثم اشتراها لم تحل له الا أن يكذب نفسه على الرواية الأخرى و إذا قلنا تحل له الزوجة بإكذب نفسه فإن لم يكن وجد منه طلاق فهي باقية على النكاح و إن وجد منه طلاق دون الثلاث فله رجعتها الرابع انتقاء الولد عنه بمجرد الولد عنه بمجرد اللعان ذكره أبو بكر (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) + بها حنبل عن أصحابه قال أبو بكر لا نعلم أحدا رواها غيره قال المؤلف وينبغي أن يحمل على ما إذا لم يفرق الحاكم فأما مع تفريقه فلا وجه لبقاء النكاح بحاله وأغرب منه قول سعيد بن المسيب إنه إذا أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب (وإن لاعن زوجته الأمة ثم اشتراها لم تحل له) لأنه تحريم مؤبد كالرضاع ولأن المطلق ثلاثا إذا اشترى مطلقته لم تحل له قبل زوج وإصابة فهنا أولى لأن هذا التحريم مؤبد وتحريم الطلاق يختص النكاح (إلا ان يكذب نفسه على الرواية الأخرى) أي الضعيفة فإنها تحل له (وإذا قلنا تحل له الزوجة بإكذب نفسه فإن لم يكن وجد منه طلاق

---

(١) المبدع، ٣٠٣/٤

(٢) المبدع، ٣٢١/٦

فهي باقية على النكاح) لأن اللعان على هذا القول لا يحرم على التأبيد وإنما يؤمر بالطلاق كما يؤمر المؤلي به إذا لم يأت بالفيئة فإذا لم يأت بالطلاق بقي النكاح بحاله وزال **الإجبار** على الطلاق لتكذيب نفسه (وإن وجد منه طلاق دون الثلاث فله رجعتها) كالمطلقة دون الثلاث بغير عوض

(الرابع انتفاء الولد عنه بمجرد اللعان ذكره أبو بكر) لما روى سهل ابن سعد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقضى ألا يدعي ولدها لأب وفي حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين هلال وامرأته ففرق بينهما وقضى ألا يدعى ولدها لأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد رواه أحمد وأبو داود فظاهره أنه لا يشترط ذكره فيه ولأنه أحد مقصودي اللعان فيثبت به كإسقاط الحد والذهب كما اختاره الخرقي

١-

(١) ".

"وإن امتنعت من رضاعه لم تجبر إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه ولا تجب عليه أجرة الظئر لما زاد على الحولين وإن تزوجت المرأة فلزوجها منعها من رضاع ولدها (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) + إن استأجرها من هي تحته لرضاع ولده لم يجز لأنه استحق نفعها كاستئجارها للخدمة شهرا وإن لم يجد مرضعة إلا بتلك الأجرة فالأم أحق (وإن امتنعت من رضاعه لم تجبر) إذا كانت مفارقة لا نعلم فيه خلافا وكذا إن كانت في حبال الزوج في قول أكثرهم لقوله تعالى ﴿ وإن تعاسرتم ﴾ الآية إن اختلفا فقد تعاسرا ولأن **الإجبار** على الرضاع إما أن يكون لحق الولد أو الزوج أو لهما لا يجوز أن يكون لحق الزوج فإنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما يختص به ولا لحق الولد لأنه لو كان له للزمها بعد الفرقة ولأنه مما يلزم الوالد لولده كالنفقة ولا يجوز أن يكون لهما لأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حال الإنفاق وعدم التعاسر (إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه) بأن لا توجد مرضعة سواها أو لا يقبل الصغير الإرضاع من غيرها فإنه يجب عليها التمكين من رضاعه لأنه حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها كما لو لم يكن له أحد غيرها (ولا تجب عليه أجرة الظئر لما زاد على الحولين) لقوله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ فلم تلزمه على ما زاد على ذلك لأنه زائد على الكمال أشبه الحلوى وعلم منه أنه لا يفطم قبل تمام الحولين

---

(١) المبدع، ٨/٩٣

إلا برضى أبويه ما لم ينضر وفي الرعاية هنا يحرم رضاعة بعدهما ولو رضيا وظاهر عيون المسائل إباحته مطلقا (وإن تزوجت المرأة فلزوجها منعها من رضاع ولدها) مطلقا لأن عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج من الاستمتاع في كل الزمان سوى أوقات الصلوات فالرضاع

١-

". (١)

"والضرر المانع من القسمة هو نقص القيمة بالقسم في ظاهر كلامه (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) ورواه ابن ماجة والدار قطني

ولهما أيضا من حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن أبي سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار رواه مالك في الموطأ عن عمرو عن أبيه مرسلا قال النووي حديث حسن وله طرق يقوي بعضها بعضا ولأنه إتلاف وسفه يستحق به الحجر أشبه هدم البناء ولأن فيها إما ضرر وإما رد عوض وكلاهما لا يجبر الانسان عليه لكن إذا دعى شريكه إلى بيع في قسمة تراض أجبر فإن أبي بيع عليهما وقسم الثمن نقله الميموني وحنبل وذكره القاضي وأصحابه وذكره في الإرشاد والفصول والافصاح والترغيب وغيرهما وكذا الإجازة

قال الشيخ تقي الدين ولو في وقف وللشافعية وجهان في الإجارة قال ابن الصلاح وددت لو محي من المذهب

قال وقد عرف من أصلنا أنه إذا امتنع السيد من الإنفاق على مماليكه باعهم الحاكم عليه فإذا صرنا إلى ذلك دفعا للضرر عن شريك له عليه حق وملك فلم لا يصير الى ذلك دفعا للضرر عن شريك لا حق له عليه ولا ملك والضرر المانع من القسمة أي قسمة **الإجبار** هو نقص القيمة بالقسم في ظاهر كلامه قدمه في المحرر والفروع وجزم به في الوجيز لأن نقص قيمته ضرر وهو منفي شرعا

١-

". (٢)

---

(١) المبدع، ٢٢٢/٨

(٢) المبدع، ١٢١/١٠

"وإن كان بينهما عبيد او بهائم او ثياب ونحوها فطلب احدهما قسمها اعيانا بالقيمة لم يجبر عليه وقال القاضي يجبر (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) قدمه في الشرح وغيره لأن ضرر الطالب رضي يه من يسقط حكمه والاخر لا ضرر عليه فصار كما لا ضرر فيه

وذكر اصحابنا أن المذهب انه لا يجبر الممتنع عن القسمة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال وإن طلب القسمة من المستضر سفه

وقال ابن حمدان إن قلنا المانع من **الإجبار** نقص القيمة أجبر الممتنع مطلقا وإلا فلا

فرع ما تلاصق من دور وعضائد ونحوها اعتبر الضرر وعدمه في كل عين وحدها نقل أبو طالب يأخذ من كل موضع حقه إذا كان خيرا له وإن كان بينهما عبيد أو بهائم أو ثياب ونحوها من جنس واحد قاله في المحرر والوجيز والفروع ووفي المعني من نوع فطلب أحدهما قسمها أعيانا بالقيمة لم يجبر الاخر عليه أي إذا كانت متفاضله لأن ذلك بيع وكما لو اختلف الجنس وإن لم يكن ثم ضرر ولا رد عوض فذكر في المتسوعب أنه لا رواية في ذلك عن احمد وقال القاضي يجبر قدمه في المحرر والفروع وجزم به في الوجيز وهو المنصوص إذا تساوت القيمة وفي الرعاية هو اظهر وأشهر

وظاهرة أنه لا يجاب إذا تفاوتت القيمة وقوى أبو الحطاب عدم **الإجبار** كما لا يجبر على قسمة الدور بأن يإخذ هذا دارا كالأجناس

١-

(١) ".

"وإن كان بينهما حائط لم يجبر الممتنع من قسمة وإن الاخر استهدم لم يجبر على قسم عرصته وقال اصحابنا إن طلب قسمه طولا بحيث يكون له نصف الطول في كمال العرض اجبر الممتنع وإن طلب قسمة عرضا وكانت تسع حائطين اجبر وإلا فلا (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

يؤيده أن اختلاف الجنس ليس بأكثر اختلافا من قيمة الدار الكبيرة لأنها ذات بيوت واسعة وضيقة وقديمة وحديثة وهذا الاختلاف لا يمنع **الإجبار** كذلك الجنس الواحد وفارق الدور فإنه أمكن قسمة كل دار منها على حدتها وهنا لا يمكن

---

(١) المبدع، ١٢٣/١٠

وفي الشرح فإن كانت الثياب أنواعا كحرير وقطن فهي كالأجناس فرع الاجر واللبن المتساوي القالب من قسمة الأجزاء والمتفاوت من قسمة التعديل وإن كان بينهما حائط لم يجبر الممتنع من قسمة صححه في المحرر وقدمه في الرعاية وجزم في الوجيز لأن فيه ضررا وإن استهدم لم يجبر على قسم عرصته وهي التي لا بناء فيها لأنه موضع للحائط أشبه الأول وقال أصحابنا إن طلب قسمه طولا بحيث يكون له نصف الطول في كمال العرض أجبر الممتنع لأنه لا ضررفيه وقيل لا يجبر لأنه يفضي إلى أن يبقى ملكه الذي يلي نصيب صاحبه بغير حائط وإن طلب قسمه عرضا وكانت تسع حائطين أجبر الممتنع قدمه في الكافي وحكاه في المحرر والفروع عن القاضي فقط لأنه ملك مشترك يمكن الانتفاع به مقسوما وقيل لا يجبر لأنه لا تدخله القرعة خوفا من أن يحصل لكل واحد منهما ما يلي ملك الاخر

وفي الرعاية والفروع ومع القسمة فقيل لكل واحد ما يليه وقيل يفرع بينهما وإلا فلا أي إذا كان لا يسع ذلك على قولهم لأنه يتضرر

١-

". (١)

"وإن اتفقا على قسمه بالمهاياة جاز وإن ارادا قسم ذلك بنصب خشبة او حجر مستو في مصدم الماء فيه ثقبان على قدر حق كل واحد منهما جاز فإن اراد أحدهما ان يسقي نصيبه ارضا ليس لها رسم شرب من هذا النهر جاز ويحتمل ان لا يجوز ويجيء على اصلنا ان الماء لا يملك وينتفع كل واحد منهما على قدر حاجته فصل

النوع الثاني قسمة الاجبار وهي مالا ضرر فيها ولا رد عوض كالأرض الواسعة والقرى والبساتين (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) فإن كان أحدهما اعلى شارك في الغرامة ما فوقه دون ما تحته

فإن احتاج النهر بعد الأسفل إصلاحا كتصرف الماء فعليهما وإن اتفقا على قسمة بالمهاياة كيوم لهذا ويوم للاخر جاز لأن الحق لهما وكالأعيان وإن أرادقسم ذلك بنصب خشبة أو حجر مستو في مصدم الماء فيه ثقبان على قدر حق كل واحد منهما اجاز لأن ذلك طريق الى التسوية بينهما فجاز كقسم الأرض بالتعديل ويسمى المراز فإن أراد أحدهما أن يسقي بنصيبه أرضا ليس لها رسم شرب بكسر الباء وهو النصيب من الماء من هذا النهر جاز لأن الحق له وهو يتصرف على حسب اختياره وكما لو لم يكن

---

(١) المبدع، ١٢٤/١٠

شريكا ويحتمل ان لا يجوز هذا وجه لأنه إذا طال الزمان يظن أن لهذه الأرض حقا في السقي من النهر المشترك ويأخذ لذلك أكثر من حقه فإن أراد أحد أن يجري بعضه في ساقية إلى أرضه قبل قسمته لم يجز صرح به ابن حمدان ويجيء على أصلنا أن الماء لا يملك وينتفع كل واحد منهما على قدر حاجته قاله أبو الخطاب لأنه فيكون من المباحات والمبا ح ينتفع كل واحد على قدر حاجته فصل

النوع الثاني قسمة **الإجبار** لأنه يلي الأول وهو قسمة التراضي وهي مالا ضرر فيها ولا رد عوض كالأرض الواسعة والقرى والبساتين

١-

". (١)

"وهذه القسمة إفراز حق احدهما من الاخر في ظاهر المذهب وليست بيعا (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) ويشترط له مع ما ذكره المؤلف أن يثبت عند الحاكم أنه ملكهم بينة لأن في **الإجبار** عليها حكما على الممتنع منها فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضى فإنه لا يحكم على أحدهما ولم يذكره اخرون وجزم به في الروضه واختاره الشيخ تقي الدين كبيع مرهون وجان

ونقل حرب فيمن أقام بينة بسهم من ضيعة بيد قوم فهربوا منه يقسم عليهم ويدفع إليه حقه

قال الشيخ تقي الدين وإن لم يثبت ملك الغائب فدل أنه يجوز ثبوته وأنه أولى

وفي المحرر يقسم حاكم على غائب قسمة أجبار وفي المبهج والمستوعب بلى مع وكيله فيها الحاضر واختاره في الرعاية في عقار بيد غائب وهذه القسمة إفراز يقال فرزت الشيء وأفرزته إذا عزلته والافراز مصدر أفرز حق أحدهما من الاخر في ظاهر المذهب وقاله في المحرر وصححه في المستوعب وجزم به في الوجيز لأنها لا تفتقر الى لفظ التمليك ولا تجب فيها شفعة

ويلزم باخراج القرعة ويقدر أحد النصيبين بمقدار ويدخلها الاحبار وليست بيعا لأنها تخالفه في الأحكام والأسباب فلم تكن بيعا كسائر العقود

١-

---

(١) المبدع، ١٢٨/١٠

(١) ".

"وذكر في كتاب القسمة ان قسمه بمجرد دعواهم لا عن بينة شهدت لهم بملكهم وإن لم يتفقوا على طلب القسمة لم يقسمه فصل

ويعدل القاسم السهام بالاجزاء إن كانت متساوية وبالقيمة إن كانت مختلفة وبالرد إن كانت تقتضيه (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) لهم من طريق الظاهر فوجب أن يتناول ثبوت الملك في القسمة وذكر الحاكم القاسم في كتاب القسمة أن قسمه بمجرد دعواهم لا عن بينة شهدت له بملكهم لئلا يتوهم الحاكم بعده أن القسمة وقعت بعد ثبوت ملكهم فيؤدي ذلك إلى ضرر من يدعي في العين حقا وقد سبق وإن لم يتفقوا على طلب لم يقسمه حتى يثبت عنده أنه ملكهم لأن الإشاعة حق لكل واحد منهم القسمة لم يرض بعضهم ولم يثبت ما يوجب القسمة لم يجز التصرف في حقه بغير رضاه

وفي الرعاية إن كان بين شريكين مهاياة لازمة فطلب أحدهما القسمة بطلت المهاياة فصل

ويعدل القسم السهام لأن ضد ذلك جور وهو غير جائز إجماعا بالأجزاء إن كانت متساوية كأرض قيمة جميع أجزائها متساوية فهذه تعدل سهامها بالأجزاء لإنه يلزم من التساوي بالأجزاء التساوي بالقيمة وبالقيمة إن كانت مختلفة كأرض أحد جوانبها يساوي مثلي الاخر فهذه يعدل فيها بالقيمة لأنه لماتعذر التعديل بالأحزاء لم يبق إلا التعديل بالقيمة ضرورة لأن قسمة **الإجبار** لا تخلو من أحدهما وهذا مع اتفاق السهام واختلافها وبالرد إن كانت تقتضيه كأرض قيمتها مائة فيها شجر أو بئر يساوي مائتين

١-

(٢) ".

"

وإن تقاسموا ثم استحق من حصة أحدهما شيء معين بطلت وان كان شائعا فيهما فهل تبطل القسمة على وجهين وإذا اقتسما دارين قسمة تراض فبنى احدهما في نصيبه ثم خرجت الدار مستحقة ونقض بناؤه رجع بنصف قيمته على شريكه (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) المستوعب والرعلية وإن تقاسموا ثم استحق من حصته أحدهما شيء معين بطلت القسمة ذكره في المحرر والوجيز

---

(١) المبدع، ١٠/١٣٠

(٢) المبدع، ١٠/١٣٥

والفروع لأنه تبين أن أحد المتقاسمين لم يأخذ حقه وكما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال وإن كان المستحق من الحصتين على السواء لم تبطل فيما بقي على الأشهر لأن الباقي مع كل واحد قدر حقه إلا أن يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر كسد طريقه او مجرى مائة أو ضوئه ونحوه فيبطل لأن هذا يمنع التعديل

وقيل تبطل لأنه لم يتعين الباقي لكل واحد منهما في مقابلة ما بقي للاخر وإن كان شائعا فيهما فهل تبطل القسمة على وجهين

أحدهما تبطل قدمه في المحرر والفروع وجزم به في الكافي والوجيز لأن الثالث شريكهما لم يحضر ولم يأذن أشبه ما لو علماه

والثاني لا كما لو كان المستحق في نصيبهما على ا لسواء لأنه يمكن بقاء حقه في يدهما جميعا مع بقائهما فيما عدا ذلك على ماكانا وإذا ادعى كل منهما أن هذا من سهمي تحالفا ونقضت القسمة وإذا اقتسما دارين قسمة تراض فبنى أحدهما أوغرس في نصيبه ثم خرجت الدار مستحقه ونقص بناؤه وقلع الدارين لا يتقسمان قسمة إجبار وإنما هو بالتراضي ولو باعه نصف الدرا رجع عليه بنصف ما غرم كذا هذا أوكذا في قسمة الإجبار إن قلنا هي بيع وإن قلنا

١-

." (١)

"

وإن اقتسما فحصلت الطريق في نصيب احدهما ولا منفذ للاخر بطلت القسمة (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) وإلا نقض تصرفه كما إذا تصرف السيد في الجاني ولم يود الجناية

وعلى الثانية تصرفه فاسد لأنه تصرف فيما لا يملكه

وقال ابن حمدان إن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن لم يصح تصرف الوارث قبل الوفاء ولم يختص بالنماء وإن قلنا كتعلق الأرش بالجاني وهو ألاقيس فيصح تصرفه ثم إن ظهر الدين فلربه الفسخ وأخذ دينه في الأصح والدين المستغرق وغيره سواء

---

(١) المبدع، ١٠/١٤٠

مسألة إذا كان له شجر وعليه دين فأثمرت ومات فالثمرة إرث ولا يتعلق بها دين وفيها الزكاة إن قلنا تنتقل التركة مع الدين تعلق بها الدين وإن كان بعد وقت الوجوب ففي الزكاة روايتان وإن كان قبله ونقلنا التركة قبل وفاء الدين فكذا وإلا فلا فرع إذا كانت التركة أرضا ورضي ربها باجراج ثلثها فقسمها الورثة وقالوا نحن نخرج قيمة الثلث بيننا فقيل يجوز كالدين وقيل لا لأن المستحق بالوصية بعض الأرض فتبطل القسمة

وقال السامري تبطل في حق كل وارث بقدر حصته من الثلث وفي الباقي وجهان وكذا إن أوصى ان يباع ثلثها ويصرف في جهة عينها وإذا اقتسما فحصلت الطريق في نصيب أحدهما ولا منفذ للاخر بطلت القسمة ذكره جماعة منهم صاحب الوجيز والفروع لأن النصيب الذي لا طريق له لا قيمة له إلا قيمة ملكه فلم يحصل تعديل والقسمة تقتضيه لأن من شرط الإجبار على

١-

". (١)

"للرجل أن يزوج ابنته بكرا من غير أن يستأمرها؟قال: ١ ما يعجبني٢، فإذا سكتت فزوجت ثم رجعت، فليس لها ذلك٣، وإن زوجها أبوها بغير أمرها فالنكاح جائز، وأحب إلي أن يستأمرها.٤___________١ من هنا تبدأ إجابة الإمام أحمد.٢ هذا اصطلاح عند الإمام أحمد - رحمه الله- وفيه وجهان عند الحنابلة:أحدهما: أن المقصود به الكراهة. والوجه الآخر: أن المقصود به التحريم. والذي قال عنه الإمام أحمد: ما يعجبني تزويج البكر من غير استئذان، إذا زوجها غير أبيها وكانت بالغة كما يفهم من كلامه الآتي: "وإن زوجها أبوها". ومسائل تزويج الصغير تأتي مفصلة، ومذهب الإمام أحمد أنه ليس لغير الأب إجبار كبيرة.راجع المغني: ٤٨٩/٦، الإشراف: ٣٥/٤، المبدع: ٢٢/٧، الكافي: ٢٧/٣.٣ ويأتي ذلك عن الإمام أحمد في مسألة رقم: ٨٥٩.٤ روي عن الإمام أحمد روايتان في تزويج الأب ابنته البكر البالغة العاقلة وإجبارها.إحداهما: هذه وهي أن له الإجبار مع استحباب استئذانها.والثانية: ليس له إجبارها لما صح من عدم تزويجها إلا بعد استئذانها، ومن ذلك حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: " لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن". فقالوا: يا رسول الله كيف إذنها؟ قال: "أن تسكت".أخرجه البخاري: باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما ١٣٢/٦.ومسلم: باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت

---

(١) المبدع، ١٤٣/١٠

١٠٣٦/٢.والرواية الأولى هي المشهورة عن الإمام أحمد وعليها المذهب، ومما استدل به عليها مفهوم حديث أبي هريرة السابق والحديث الذي أخرجه مسلم ١٠٣٧/٢، عن ابن عباس –رضي الله عنهما– قال: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها".قال ابن قدامة: فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لإحداهما، دل على نفيه عن الأخرى وهي البكر، فيكون وليها أحق منها بها.ومسألة صحة نكاح من أجبرها أبوها على النكاح كما هو المذهب، فيما إذا زوجها الولي كفؤا وأبوها يجبرها لكن يكون ذلك إذا زوجها كفؤا، فإن زوجها غير كفء بدون رضاها فعن الإمام أحمد في صحة النكاح روايتان.وقال ابن مفلح في المبدع ونقله عنه البهوتي في كشاف القناع: "وقد صرح بعض العلماء أنه يشترط للإجبار شروط: أن يزوجها من كفء، بمهر المثل، وأن لا يكون المزوج معسرا، وأن لا يكون بينها وبين الأب عداوة ظاهرة، وأن يزوجها بنقد البلد."[] انظر: المغني: ٤٨٧/٦-٤٨٨، المبدع: ٢٢/٧-٢٣، الإنصاف: ٥٦/٨، الكافي: ٢٦/٣، [] [] الإشراف: ٣٥/٤، كشاف القناع: ٤٣/٥-٤٤.." (١)

"قال إسحاق: كما قال. ١[٢٩٣٤-] قلت: كان ابن أبي ليلى يجيز شهادة صاحب هوى إذا كان فيهم عدلا لا يستحل شهادة الزور. ٢قال أحمد: ٣ ما يعجبني شهادة الجهمية، ٤_______________١ انظر قول الإمام إسحاق رحمه الله في: المحلى ٣٧١/٩، عمدة القارئ ٢٥٦/١٣، والمغني ٢٢٤/٩.ونقل صاحب مخطوطة اختلاف الصحابة والتابعين رواية ثانية عنه قال: وقال ابن أبي ليلى، ومالك، وأبو عبيد، وإسحاق، وداود: "لا يسمع البينة بعد اليمين".اختلاف الصحابة والتابعين لوحة رقم: (١٣٩)، وراجع: الأوسط ٦٥/٣.٢ روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال: حدثنا ابن أبي ليلى أن عيسى بن موسى قال له: أتجيز شهادة أهل الأهواء؟ قال: قلت:نعم. وأراهم لذلك أهلا، إنما أدخلهم في الهوى الدين، إلا الخطابية فإن بعضهم يقبل عين فيشهد له، فلا أجيز شهادة هؤلاء. اختلاف الفقهاء للطحاوي ص ١٨٦.٣ في العمرية بحذف: "لأحمد".٤ الجهمية: أتباع جهم بن صفوان الذي قال بالإجبار، والاضطرار إلى الأعمال، وأنكر الاستطاعات كلها، وزعم أن الجنة والنار تبيدان وتفنيان، وزعم أن الإيمان هو المعرفة بالله تعالى فقط، وأن الكفر هو الجهل به فقط، وقال: لا فعل ولا عمل لأحد غير الله تعالى وإنما تنسب الأعمال إلى المخلوقين على المجاز، كما يقال: زالت الشمس ودارت الرحى من غير أن يكونا فاعلين، وزعم أن علم الله تعالى حادث، وامتنع من وصف الله تعالى بأنه شيء أو حي أو عالم أو مريد، وأثبت كونه

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ١٤٦٧/٤

قادرا فاعلا، خالقا، لأنه لا يوصف شيء من خلقه بالقدرة، والفعل والخلق.الفرق بين الفرق ص ٢١١، وراجع: الملل والنحل للشهرستاني ٨٦/١.." (١)

"قال: لا أعلم فيه حديثا، إلا ما يروى عن إبراهيم١ أنه كره قرد ابرقوش٢.[٣٤٨٩-*] قلت: امرأة أسلمت ولها أولاد؟____________١ هو النخعي.٢ في (ظ): كرد ابركوش. " بالكاف " بدل " القاف " وهذه الكلمة فارسية بمعنى حلق القفا كما يفهم من السياق. وقد جاء في كتاب: " الألفاظ الفارسية المعربة " ص: ١٢٤ القرد: العنق... والكرد: لغة فيه.وحلق القفا كرهه الإمام أحمد، إلا وقت الحجامة، فلا بأس به عنده، وكان يفعله، وقد روى عنه غير واحد من أصحابه أنه من فعل المجوس كما في الترجل: ١٠٣، ١٠٤.قال ابن قدامة: ويكره حلق القفا لمن لم يحلق رأسه ولم يحتج إليه. المغني: ١٢٥/١. ومثله ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية في الطهارة من شرح العمدة: ٢١٣.وانظر: الورع للمروذي: ١٧٨، والغنية لعبد القادر الجيلاني: ١٦، والفروع: ١٣٢/١، والإنصاف: ٢٧٢/١.وقال ابن عبد البر في التمهيد: ٧٩/٦: روينا عن مالك أنه قال: أول من حلق قفاه دراقس النصراني.ا.هـ والله أعلم.[٣٤٨٩-*] نقل هذه المسألة الخلال في أحكام أهل الملل: ١٠٧.[] ونقل ما يوافقها في قضية **الإجبار** عدد من أصحابه. كما في أحكام أهل الملل: ١٠١-١٠٥.ونقل ما يوافقها في تحديد السن: مهنا وأبو طالب، كما في المصدر السابق: ١٠٦، ١٠٧.ونقل ما يخالفها في تحديد السن وأنه سبع سنين: عبد الله: ١٨٨/١، وابن هانيء: ٢١٨/١، وصالح - وليست في [] المطبوع - والميموني، وأبو الحارث كما في أحكام أهل الملل: ١٠٨-١١٠.." (٢)

"أبى باعه الحاكم عليهما وقسم الثمن بينهما على قدر حصصهما وكذا لو طلب الإجارة ولو في وقف والضرر المانع من قسمة **الإجبار** نقص القيمة بالقسمة ومن بينها دار لها علو وسفل وطلب أحدهما جعل السفل لواحد والعلو لآخر لم يجبر الممتنع

". (٣)

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٤١١٥/٨

(٢) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٤٧٩٤/٩

(٣) الروض المربع، ٤٠٧/٣

"قسمته (ولا رد عوض في قسمته كالقرية والبستان والدار الكبيرة والأرض) الواسعة (والدكاكين الواسعة والمكيل والموزون من جنس واحد كالأدهان والألبان ونحوها إذا طلب الشريك قسمتها أجبر) شريكه (الآخر عليها) إن امتنع من القسمة مع شريكه ويقسم عن غير مكلف وليه فإن امتنع أجبر ويقسم حاكم على غائب من الشريكين بطلب شريكه أو وليه ومن دعا شريكه في بستان إلى قسم شجره فقط لم يجبر وإلى قسم أرضه أجبر ودخل الشجر تبعا (وهذه القسمة) وهي قسمة **الإجبار** (إفراز) لحق أحد الشريكين من الآخر (لا بيع) لأنها تخالفه في الأحكام فيصح قسم لحم هدي وأضاحي وثمر يخرص خرصا وما

---

(١) ".

"١٧٥٩ – . مسألة : (ويقبل كتاب القاضي في كل حق إلا في الحدود والقصاص) وقال الشافعي رضي الله عنه : يقبل في كل حق لآدمي من الجراح وغيرها وفي الحدود التي لله تعالى على قوليه لأن كل حق يثبت بالشهادة فإنه يثبت بكتاب القاضي إلى القاضي لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة فيثبت بها كسائر الحقوق أو كالشهادة على الأموال ولنا أن حدود الله سبحانه مبنية على الستر والدرء بالشبهات والإسقاط بالرجوع عن الإقرار بها والشهادة على الشهادة لا تخلو من الشبهة ولذلك اشترطنا لقبولها تعذر شهادة الأصل ولم نقبلها إلا للحاجة ولا حاجة ها هنا ولأنه لا نص فيها ولا يصح قياسها على موضع الإجماع لما بينا من الفرق فيبطل إثباتهاباب القسمة١٧٦٠ – . مسألة : (وهي نوعان) : أحدهما (قسمة إجبار وهي قسمة ما يمكن قسمه من غير ضرر ولا رد عوض إذا طلب أحد الشريكين قسمه فأبى الآخر أجبره الحاكم عليه إذا ثبت عنده ملكهما ببينة) وتعتبر لها ثلاثة شروط : أحدهما أن لا يكون فيها ضرر فإن كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع منها لقوله صلى الله عليه وسلم : [لا ضرر ولا ضرار] رواه ابن ماجه ورواه مالك في موطئه عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي لفظ آخر : [أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن لا ضرر ولا ضرار] الشرط الثاني : أن يمكن تعديل السهام من غير شئ يجعل معها فإن لم يكن ذلك لم يجبر الممتنع على القسمة لأنها تصير بيعا والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين لقوله سبحانه : ﴿ إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم ﴾ 'سورة النساء : الآية ٢٩' الشرط الثالث أن يثبت عند الحاكم ملكهما ببينة لأن في **الإجبار** على القسمة حكما على الممتنع منهما

---

(١) الروض المربع، ٤٠٩/٣

فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضا فإنه لا يحكم على أحدهما وإنما يقسم بقولهما ورضاهما." (١)

"١٧٦١ - . مسألة : (فإن أقر به) يعني الملك (لم يجبر الممتنع منهما عليه) لأنه لم يوجد شرط **الإجبار** (وإن طلباها في هذه الحال قسمت بينهما وأثبت في القضية أن قسمه بينهما كان عن إقرارهما لا عن بينة) وقال أبو حنيفة : إن كان عقارا نسبوه إلى الميراث لم يقسمه وإن لم ينسبوه إلى الميراث أو كان غير عقار قسمه لأن الميراث باق على حكم ملك الميت فلا يقسمه احتياطا للبت فيه لأنه إذا لم يثبت عنده الموت والقرابة فلا احتياط ويخالف العقار غيره يثوي ويهلك ويحفظ بقسمته والظاهر عند الشافعي رضي الله عنه أنه لا يقسم عقارا كان أو غيره قال : لأني لو قسمتها بقولكم ثم رفعت إلى حاكم يقسمها أن يجعلها حكما لكم ولعلها لغيركم ولنا أن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم فيثبت لهم من طريق الظاهر وما ذكره الشافعي رضي الله عنه يندفع إذا أثبت في القضية أن قسمته بينهم كان عن إقرارهم لا عن بينة شهدت لهم بملكهم وكل ذي حجة على حجته وما ذكره أبو حنيفة لا يصح فإنه لا حق للميت فيه إلا أن يظهر عليه دين وما ظهر الأصل عدمه كما قلنا إن الظاهر ملكهم فيما لم يدعوه ميراثا لأنه لم يثبت لغيرهم (الثاني قسمة التراضي وهي قسمة ما فيه ضرر بأن لا ينتفع أحدهما بنصيبه فيما هو له أو لا يمكن لعديله إلا برد عوض من أحدهما فلا إجبار فيها) مثال ما فيه ضرر أن تكون دار بين اثنين لأحدهما عشرها وللآخر الباقي إذا اقتسماها لا يصلح لصاحب العشر ما ينتفع به فيتضرر لذلك فإذا طلب صاحب الكثير القسمة لا يجبر الآخر لقوله عليه السلام : [لا ضرر ولا ضرار] رواه ابن ماجه وأما ما لا يمكن تعديله إلا برد عوض فإنه يكون بيعا فإن تراضيا عليه جاز وان امتنع أحدهما لم يجبر لأن البيع لا يجبر عليه أحد لقوله سبحانه : ﴿ إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم ﴾ ' سورة النساء : الآية ٩ '." (٢)

"١٧٦٢ - . مسألة : (والقسمة إفراز حق لا يستحق بها شفعة ولا يثبت فيها خيار) لأنها ليست بيعا وقال الشافعي في أحد قوليه : هي بيع وحكي ذلك عن ابن بطة لأنه يعدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر وهذا حقيقة البيع ولنا أنها لا تفتقر إلى لفظ التمليك ولا تجب فيها الشفعة ويدخلها **الإجبار** وتلزم بإخراج القرعة وبتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر والبيع لا يجوز فيه شئ من ذلك ولأنه تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها فلم تكن بيعا كسائر العقود وفائدة الخلاف أنها إذا لم تكن

---

(١) العدة شرح العمدة، ٢/٢٨٢

(٢) العدة شرح العمدة، ٢/٢٨٣

بيعا جازت قسمة الثمار خرصا والتفرق قبل القبض في قسمة المكيل والموزون وقسمة ما يكال وزنا وما يوزن كيلا ولا يحنث فيها إذا حلف لا يبيع وإذا كان العقار وقفا أو نصفه وقفا ونصفه طلقا جازت القسمة وإن قلنا هي بيع لم يجز ذلك فيها وهذا إذا خلت من الرد فإذا كان فيها رد فهي بيع لأن صاحب الرد يبذل المال عوضا عما حصل له من شريكه وهذا هو البيع فإن فعلا في وقف لم يجز لأن الوقف لا يجوز بيعه فإن كان بعضه وقفا وبعضه طلقا والرد من أهل الطلق لم يجز لأنهم يشترون بعض الوقف وإن كان الرد من أهل الوقف جاز لأنهم يشترون بعض الطلق وهو جائز١٧٦٣ - . مسألة : (وتجوز في المكيل وزنا في الموزون كيلا وفي الثمار خرصا) هذا إذا قلنا إنها ليست بيعا وهو المنصور في المذهب وأنها إفراز حق فإن ذلك كله جائز وأما إن قلنا إنها بيع لم يجز فيها شئ من ذلك على ما مر١٧٦٤ - . مسألة : (وتجوز قسمة الوقف إذا لم يكن فيها رد عوض فإن كان بعضه طلقا وبعضه وقفا وفيها عوض من صاحب الطلق لم يجز) لأنه يشتري الوقف (وإن كان من رب الوقف جاز) لأنه يشتري الطلق من صاحبه على ما مر." (١)

"١٧٦٥ - . مسألة : (وإذا عدلت الأجزاء أقرع عليها فمن خرج سهمه على شئ صار له ولزم بذلك) وذلك أنا قد ذكرنا أن القسمة على ضربين : قسمة إجبار وقسمة تراض فأما قسمة الإجبار فهي التي يمكن تعديل السهام فيها من غير رد شئ فإذا عدلت السهام أقرع بينهم وكيف ما أقرع جاز في ظاهر كلامه قال : إن شاء رقاعا وإن شاء خواتيم تطرح في حجر من لم يحضر ويكون لكل واحد خاتم ثم يقال أخرج خاتما على هذا السهم فمن خرج خاتمه فهو له وعلى هذا لو أقرع بحصى أو غيره جاز ويلزم ذلك بالقرعة سواء كان القاسم قاسم الحاكم أو عدلا نصباه لأن قرعة قاسم الحاكم كحكم الحاكم بدليل أنه يجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق فتنفذ قرعته والذي رضوا به وحكموه فهو كرجل حكم بينهم في القضاء ولو حكموا رجلا بينهم لزم حكمه كذا ها هنا فإما إن قسما بأنفسهما أو أقرعا أو نصبا قاسما فاسقا لم يلزم إلا بتراضيهما بعد القرعة ولأنه لا حاكم بينهما ولا من يقوم مقامه وأما قسمة التراضي فهي التي فيها رد ولا يمكن تعديل السهام فيها إلا أن يجعل مع بعضها عوض فهل تلزم بالقرعة ؟ فيه وجهان : أحدهما يلزم كقسمة الأجبار لأن القاسم كالحاكم وقرعته كحكمه والثاني لا يلزم لأنها بيع والبيع لا يلزم إلا بالتراضي وإنما القرعة ها هنا ليعرف البائع من المشتري فأما إن تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما

---

(١) العدة شرح العمدة، ٢/٢٨٤

واحدا من السهمين بغير قرعة فإنه يجوز لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما وكذلك لو خير أحدهما صاحبه فاختار ويلزم ها هنا التراضي وتفرقهما كما يلزم البيع." (١)

"مضرته أكثر من منفعة عدله ذكره شيخنا (م ٧)

قال ولو مات من يتجر ليتيمه ولنفسه بماله وقد اشترى شيئا لم يعرف لمن هو لم يقسم بينهما (٥) ولم يوقف الأمر حتى يصطلحا (ش) بل مذهب الإمام للتأكيد أحمد رضي الله عنه يقرع فمن قرع حلف وأخذ وينفق عليه بمعروف ولو أفسدها دفعها يوما بيوم فلو أفسدها أطعمه معاينه ولو أفسد كسوته ستر عورته فقط في بيت إن لم يمكن التحيل ولو بتهديد ومتى أراه الناس ألبسه فإذا عاد نزع عنه وسأله منها المجنون يقيد بالحديد إذاخافوا عليه قال نعم ويقبل قوله فيهما مالم تخالفه عادة وعرف في مصلحة وتلف لاقول وارثه ويحلف غير حاكم على الأصح وله تزويج سفيه بلا إذنه في الأصح وفي أجباره وجهان (م ٨)

وإن أذن له ففي لزومة تعيين المرأة وجهان (م ٩) ويتقيد بمهر المثل ويحتمل لزومه (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

مسألة ٧ قوله وإن لم يمكن الوالي تخليص حق موليه إلا برفعه إلى وال يظلمه فقد يقال يرفعه لأنه هو الذي جر الظلم إلى نفسه كما لو لم يمكن رد المغصوب إلا بكلفة عظيمة وقد يقال لا لما فيه من تسليط الوالي الظالم على ظلم غير مستحق مضرته أكثر من منفعة عدله ذكره شيخنا انتهى قلت الصواب رفعه في هذه الأزمنه وهذا مما لا شك فيه الآن والله أعلم

مسألة ٨ قوله وله تزويج سفيه بلا إذنه في الأصح وفي إجباره وجهان انتهى وأطلقهما في البلغة والرعايتين والحاوي الصغير في النكاح

أحدهما ليس له إجباره قلت وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب

والوجه الثاني له ذلك قلت وهو الصواب إن كان في ذلك مصلحة وإلا فلا قال في المغني والشرح قال أصحابنا لو زوجه بغير إذنه صح لأنه عقد معاوضة فملكه الولي كالبيع ولأنه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير إذنه لأنه يملك اطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير ومالا إلى هذا الاحتمال ونصراه فتلخص أن الأكثر سوغوا إجباره على ذلك إذا رآه مصلحة وأن الشيخ ومن تابعه نصروا عدم الإجبار الله أعلم

---

(١) العدة شرح العمدة، ٢/٢٨٥

مسألة ٩ قوله وإن أذن له ففي لزومه تعيين المرأة وجهان انتهى

١-

." (١)

"زيادة إذن فيها كتزويجه بها في أحد الوجهين والثاني تبطل هي للنهي عنها فلا تلزم أحدا (م ١٠)

وإن عضله استقل وإن علمه يطلق اشترى له أمة وفي إجبار السفيه الخلاف ذكره في الترغيب في تفويض البضع (م ١١)

وإن تزوج بلا إذنه لحاجة صح وإلا فلا في الأصح فيهما ويكفر بصوم كمفلس وقيل إن لم يصح عتقه وإن فك حجره قبل تكفيره وقدر أعتق ويستقل بما لا يتعلق بالمال مقصوده

ولا يحل للوالي (((للولي))) من مال موليه إلا الأقل من أجرة مثله أو كفايته وفي الإيضاح إذا قدره حاكم وللشافعية في اعتباره وجهان مع فقره وقال ابن عقيل أو غناه وحكاه رواية وقال ابن رزين يأكل فقير ومن يمنعه عن معاشه بمعروف ولا يلزمه عوضه بيساره على الأصح وخرج أبو الخطاب وغيره مثله في ناظر وقف ونصه (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

أحدهما لا يلزم (((يقدم))) تعيينها (((بمعلومه))) بل هو مخير وهو الصحيح (((يأخذ))) قال في المغني (((الإقرار))) والشرح (((لحمل))) الولي مخير (((ويبرأ))) بين أن يعين (((خرج))) له (((ميتا))) المرأة (((وكان))) أو يأذن (((وصية))) له (((عادت))) مطلقا ونصراه (((ورثة))) وهو (((الموصي))) الصواب (((وموروث))) وكذا (((الطفل))) قال ابن (((أفتى))) رزين في شرحه (((مدين))) وقطعوا (((مات))) به

والوجه الثاني يلزمه تعيين المرأة وهو قوي قلت ينبغي أن تقيد المسألة بما إذا تزوج (((ثبت))) من تقاربه (((مالها))) في الكلفة ونحوها ولعله مراد الأصحاب ويدل على ذلك قول المصنف بعد ذلك ويتقيد بمهر المثل

مسألة ١٠ قوله ويتقيد بمهر المثل ويحتمل لزومه زيادة إذن فيها لتزويجه بها في أحد (((عيون))) الوجهين (((المسائل))) والثاني تبطل هي للنهي عنها فلا تلزم أحدا انتهى

---

(١) الفروع، ٤/٢٤٤

أحدهما ليس له تزويجه بزيادة على مهر (((الثلث))) المثل (((نصره))) وهو ظاهر (((وأصحابه))) كلام (((ولامرأته))) أكثر الأصحاب (((الصدقة)))

والوجه الثاني (((بيته))) له (((بيسير))) ذلك (((للأخبار))) إذا (((الصحيحة))) رآه (((الخاصة))) مصلحة (((ولأنه))) وما (((العرف))) هو (((والمراد))) بعيد

مسألة ١١ قوله وفي إجبار السفيه الخلاف ذكره في الترغيب في تفويض البضع انتهى الظاهر أن مراده **بالإجبار** هنا إجباره على التسري لأنه ذكره عقيبه ولأنه ذكر إجباره على النكاح قبل ذلك وأطلق الخلاف فأحال الخلاف على الأول والله أعلم

١-

". (١)

"الإنتصار أو أقر بأجرة فإن أبى فلا شفعة ونقل الجماعة له قيمة البناء ولا يقلعه

ونقل سندي أله قيمة البناء أم قيمة النقص قال لا قيمة البناء وقال إنهم يقولون قيمة النقص وأنكره ورده وقال ليس هذا كغاصب ولا أجرة له مدة بقاء زرع مشتر في الأصح (((القاعدة))) وإن (((الثالثة))) حفر (((والعشرين))) بئرا (((الجواز))) أخذها (((ويأتي))) ولزمه (((لفظه))) أجرة مثلها ولا (((القسمة))) يملك أخذ بعض الشقص فإن تلف بعضه أخذ باقيه بحصته من ثمنه فلو اشترى دارا بألف تساوي ألفين فباع بابها أو هدمها فبقيت بألف أخذها بخمسمائة بالقيمة من الثمن نص عليه

وقال ابن حامد إن كان (((شاء))) تلفه سماويا (((تعالى))) لزمه أخذه بجميعه ولو كان المبيع شقصا وسيفا فله أخذ الشقص بحصته من الثمن فيقسم ثمنهما على قيمتهما نص عليه وقيل لا شفعة فصل إذا تعدد المشتري فصفقتان له أخذ إحداهما وكذا إن تعدد العقد فإن أخذ بثانيهما ففي مشاركة المشتري فيه أوجه الثالث إن عفا الشفيع عن أولهما شاركه (م ٢٦) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

---

(١) الفروع، ٢٤٥/٤

ظاهر ما (((تعدد))) قطع به في القاعدة الثالثة والعشرين الجواز ويأتي لفظه في باب القسمة

وقال ابن نصر الله في حواشي الفروع في هذه المسألة جزم في المحرر (((الفنون))) بأن (((وقاسه))) الحاكم يقسم على الغائب (((تعدد))) في (((المشتري))) قسمة **الإجبار** (((يقتضي))) والقسمة هنا (((محل))) لا تكون إلا في قسمة **الإجبار** انتهى

قلت وكذا قال في الرعايتين والوجيز والحاوي وغيرهم وقد أطلق المصنف الخلاف في باب القسمة وجهين فيما إذا غاب ولي من ليس أهلا هل يقسمه الحاكم أم لا عن (((يلزم))) صاحب (((تثنية))) الترغيب (((العقد))) واقتصر (((بالمعقود))) عليه ويأتي تصحيح ذلك إن شاء الله تعالى

مسألة ٢٦ قوله إذا تعدد المشتري فصفقتان له أخذ إحداهما وكذا إن تعدد العقد فإن أخذ بثانيهما ففي مشاركة المشتري فيه أوجه الثالث إن عفا الشفيع عن أولهما شاركه انتهى وأطلق الأوجه في المغني والمقنع والشرح

أحدهما يشاركه المشتري في شفعته وهو الصحيح صححه في التصحيح

١-

(١) ".

"خلاف واختار الآجري لا نفقة لغيرهم وذكر أبو يعلى الصغير أنه آكد من التعليق فلو علق عتقه على ملكه عتق بملكه لا بتعليقه قال شيخنا فيمن عتق برحم لا يملك بائعة استرجاعه لفلس مشتر ورجح ابن عقيل لا عتق بملك

وعنه إن ملكه بإرث لم يعتق وفي اجباره على عتقه روايتان ذكره ابن أبي موسى وعنه لا يعتق حمل حتى يولد في ملكه حيا فلو زوج ابنه بأمته فولدت بعد موت جده فهل هو موروث عنه أو حر فيه الروايتان واحتج في (الفنون) بأن ابتداء العقود آكد بتملك الرحم وكافر لمسلم بإرث وأن أكثر الفقهاء الا ستدامة ولا يعتق في المنصوص ولده ولو نزل من زنا ومثله أبوه من زنا ذكره في (التبصرة)

ويعتق حمل وحده بعتقه ويتبع أمه بعتقها نص عليهما وإن أقر بها فاحتمالان وذكر الأزجي وجهين ووجه دخوله شمول اسمها له كما لو أقر ببستان شمل الأشجار أو بشجرة شمل الأغصان (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

---

(١) الفروع، ٤/٤١١

(مسألة ٣) (قوله (((دخل)))) وعنه إن ملكه بإرث لم يعتق وفي إجباره على عتقه روايتان ذكره ابن أبي موسى انتهى هذه طريقة ابن ابي موسى وليست الروايتان مطلقتين عند المصنف بل المقدم أنه لا يجبر قولا واحدا وابن أبي موسى ذكر روايتين ويحتمل أن **الإجبار** وعدمه ليسا في كلام الأصحاب وإنما حكى ذلك ابن ابي موسى فيكون فيه الخلاف المطلق على رواية عدم العتق وعلى كل حال ظاهر كلام أكثر الأصحاب أنه لا يجبر على عتقه على هذه الرواية (((النبي)))

(مسألة ٤) قوله ويعتق حمل وحده بعتقه ويتبع أمه بعتقها نص عليهما وإن أقر بها فاحتمالان انتهى يعني لو أقر بالأمة لشخص فهل يدخل الحمل في الإقرار أم لا ذكر احتمالين وذكر الأزجي وجهين قال في التلخيص (((التخليص))) لو قال له عندي جارية فهل يدخل الجنين في الإقرار إذا كانت حاملا يحتمل وجهين انتهى وأطلقهما في الرعاية

(أحدهما) لا يدخل (قلت) وهو الصواب لأنه ظاهر اللفظ وموافق للأصل ودخوله مشكوك فيه

(والقول الثاني) يدخل تبعا كالعتق

١-

". (١)

"لأحدهما (((الروايتين))) بالسبق لم يقبل (((الصورة))) على الأصح (((أجراهما))) ويقدم أصلح الخاطبين مطلقا (((والمغني))) نقله ابن هانىء (((حبان)))

وفي (النوادر) ينبغي ان يختار لوليته شابا حسن الصورة ولولي مجير (((مجبر))) في طرفي العقد توليهما كتزويج عبده الصغير بأمته أو بنته وكذلك لغيره فيكفي زوجت فلانا فلانة أو تزوجتهما (((تزوجتها))) أن كان هو الزوج وقيل يعتبر أيجاب وقبول وعنه بل يوكل اختاره جماعة وقيل لا ثم قال وقيل يوليه طرفيه امام أعظم كوالد وأطلق في (الترغيب) روايتين في تولية طرفيه ثم قال وقيل تولية طرفيه يختص بمجبر

ومن قال قد جعلت عتق أمتى صداقها او عكس او جعلت عتقك صداقك نقله صالح وغيره أو قد أعتقها وجعلت عتقها صداقها أو على أن عتقها صداقها أو علي أن أتزوجك وعتقي صداقك نص عليهما متصلا نص عليه صح بشهادة ونقله الجماعة وقال ابن حامد مع قوله وتزوجتها

---

(١) الفروع، ٦٠/٥

فإن طلق قبل الدخول رجع بنصف قيمتها يوم عتقه فإن لم يقدر (((تقدر))) فهل ينتظر القدرة أو تستسعى فيه روايتان (م ١٦) نص عليهما وعنه لا يصح اختاره جماعة وتستأنف نكاحا بإذنها فإن أبت لزمها قيمتها وقطع به في (المنتخب) في الصورة الأخيرة وان أعتقت عبدها على تزوجه بها بسؤاله اولا عتق مجانا وان قال أعتق عبدك (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) الروايتين (((عني))) في هذه الصورة وكذا اجراهما فيها في المستوعب والمغني والشرح والرعايتين والحاوي الصغير وغيرهم وقول ابي بكر اختاره ابن حبان في الرعاية (((مال))) الكبرى

(مسألة ١٦) قوله فيما اذا جعل عتق أمته صداقها فإن طلق قبل الدخول رجع بنصف قيمتها يوم عتقه فإن لم تقدر فهل ينتظر القدرة أو تستسعى فيه روايتان نص عليهما انتهى وأطلقهما ابن رزين في شرحه قال القاضي أصلهما المفلس اذا كان له حرفه هل يجبر على الأكتساب على الروايتين فيه انتهى والصحيح من المذهب أنه يجبر وقال في المغني والشرح وان كانت معسرة فهل تنظر الى الميسرة او تجبر على الكسب على وجهين أصلهما في المفلس هل يجبر على الكسب على روايتين انتهى

وهو موافق لما قال القاضي فتخلص (((فتلخص))) أن هؤلاء الجماعة قالوا أصلها المفلس والصحيح في المفلس الإجبار فكذا يكون الصحيح الإجبار هنا وهو الصواب

١-

(١) ".

"احتمال يخير معتق تحته أمه وذكره عن (ش) وفي الواضح احتمال يبطل بناء على الرواية اذا ستغني (((استغنى))) عن نكاح الأمة بحرة بطل قال الكسائي قولهم لا أصل أي لا حسب ولا فضل أي لا مال

ولا تشترط الشهادة بخلوها عن الموانع الشرعية (ش) قال في الترغيب وغيره ولا الإشهاد على إذنها وكذا في التعليق (((تعليق))) ابن المني في شهادة الفاسق في النكاح لا تعتبر الشهادة على رضي المرأة لأن رضى الولي أقيم مقام رضاها ويأتي كلامه في الانتصار في العدالة باطنا وكلام شيخنا في قسمة الإجبار قال وفي المذهب خلاف شاذ يشترط الإشهاد على اذنها

---

(١) الفروع، ١٤٠/٥

وقال ولا يزوجها العاقد نائب الحاكم بطريق الولاية لا بوكالة الولي حتى يعلم اذنها وان ادعى الزوج اذنها صدقت قبل الدخول لا بعده لتمكينها له

واطلق في عيون المسائل تصدق الثيب لأنها تزوج بإذنها ظاهرا بخلاف البكر فإنه يزوجها أبوها بلا إذنها كذاقال وهو يقتضي اختصاصه ببكر زوجها أبوها وقلنا يجبرها ويتوجه في دعوى الولي اذنها كذلك وذكر شيخنا قولها وان ادعت الإذن فأنكر ورثته صدقت وفي الروضة ان ادعى الولي اذنها فزوجها فإن أجازت ما ذكره صح والا حلفت وينفسخ النكاح قال والذي أراه للولي الإشهاد لئلا تنكر فيحتاج الى بينة

". (١)

"وعلى الأول في النية له والتسمية والتعبد به لو أسلمت وجهان (م ٧ ٨) وهل منفصله طاهر لكونه أزال مانعا أو طهور لأنه لم يقع قربة فيه روايتان (م ٩) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

والوجه الثاني لا (((الجنابة))) يجوز (((طاهر))) قال في الرعاية الكبرى وهو أصح وهو ظاهر كلامه في المغني والشرح حيث قالا وللزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة أو ذمية لأنه يمنع الإستمتاع الذي هو حق له لكن هذا على القول **بالإجبار** ومحل الخلاف على القول بعدمه

مسألة ٧ ٨ قوله وعلى الأول في النية له والتسمية والتعبد به لو أسلمت وجهان انتهى فيه مسألتان

المسألة الأولى ٧ إذا قلنا له إلزامها فهل تجب النية والتسمية فيه أم لا أطلق الخلاف

أحدهما لا يجبان قال في الرعاية الكبرى في باب صفة للغسل وفي اعتبار التسمية في غسل الذمية من الحيض وجهان ويصح منها الغسل بلا نية وخرج ضده انتهى

قلت الصواب عدم الوجوب فيهما وقد قدم ابن تميم وصاحب القواعد الأصولية أن غسلها لا يحتاج إلى نية قال ابن تميم واعتبر الدينوري في تكفل الكافر بالعتق والإطعام النية وكذلك يخرج هنا قال في القواعد الأصولية ويحسن بناؤه على أنهم مكلفون بالفروع أم لا وذكر المصنف في أوائل الحيض أن أبا المعالي قال لا نية للكافرة والمجنونة لعد تعذرها مآلا بخلاف الميت وأنها تعيده إذا أفاقت وأسلمت وكذا قال القاضي في الكافرة إنما يصح في حق الآدمي لأن حقه لا يعتبر له النية فيجب عوده إذا أسلمت ولم يجز أن تصلي به انتهى

المسألة الثانية ٨ هل لها أن تتعبد به لو أسلمت أم لا أطلق الخلاف

---

(١) الفروع، ١٤٥/٥

أحدهما ليس لها ذلك وهو الصواب وقد قاله القاضي وأبو المعالي على ما تقدم في التي قبلها
والوجه الثاني يجوز لها أن تتعبد به وأظن أن الشيخ تقي الدين جوز لها ذلك
مسألة ٩ قوله وهل منفصله طاهر لكونه أزال مانعا أو طهور لأنه لم يقع قربة فيه روايتان انتهى

١-
". (١)
"

لغيره فيجوز مثل هذا قولا واحدا لأنه ليس بسفر شرعا ولا عرفا ولا يتأهب له أهبته وظاهر ما سبق أنه لا يكلفه مشقا أنه لا يجوز للنهي

وقاله ابن هبيرة وحكاه في شرح مسلم إجماعا قال فإن أعانه عيله فلا بأس لقوله صلى الله عليه وسلم فإن كلفتموهم فأعينوهم وقال وفي هذا الحديث أنه يؤمر الشاق على رقيقة بالبيع لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فليبعه لكن هذا الأمر على طريق الوعظ لا **الإجبار** كذا قال ويريحه وقت قائله ونوم وصلاة ويداويه وجوبا قاله جماعة وظاهر كلام جماعة يستحب وهو أظهر

قال ابن شهاب في كفن الزوجة العبد لا مال له فالسيد أحق بنفقته ومؤنته ولهذا النفقة المختصة المرض تلزمه من الدواء وأجرة الطبيب بخلاف الزوجة ويركبه في السفر عقبة وتلزمه إزالة ملكه بطلبه وامتناعه مما يلزمه فقط نص عليه كفرقة زوجة قاله في عيون المسائل وغيرها في أم ولد كما هو ظاهر كلامهم

قال شيخنا في مسلم بجيش ببلاد التتار أبي بيع عبده وعتقه ويأمره بترك المأمور وفعل المنهى فهربه منه إلى بلاد الإسلام واجب فإنه لا حرمة لهذا ولو كان في طاعة المسلمين والعبد إذا هاجر من أرض الحرب فإن حر وقال ولو لم تلائم أخلاق العبد أخلاق سيده لزمه إخراجه عن ملكه لقوله صلى الله عليه وسلم فما لا يلائمكم فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله كذا قال روى أبو داود وغيره من حديث أبي ذر فمن لاءمكم من مملوكيكم فأطعموهم مما تأكلون واكسوهم مما تلبسون ومن لا يلائكم (((يلائمكم))) فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله وهما خبران صحيحان وكذا أطلق في الروضة يلزمه بيعه بطلبه ويسن إطعامه من طعامه فإن وله (((وليه))) فمعه أو منه ولا يأكل بلا إذنه نص عليه

ويسترضع الأمة لغير ولدها بعد ربه (((ريه))) وإلا حرم ذلك ولا يجوز له إجارتها بلا

---

(١) الفروع، ٢٤٩/٥

". (١)

" باب القسمة

يحرم قسمة الأملاك التي لا تقسم إلا بضرر أو رد عوض إلا بتراضي الشركاء كحمام ودور صغار وأرض ببعضها بئر أو بناء ونحوه لا يتعدل بأجزاء ولا قيمة وهذه القسمة في حكم البيع يجوز فيها ما يجوز فيه خاصة لمالك وولي ولو قال أحدهما أنا آخذ الأدنى ويبقى لي في الأعلى تتمة حصتى فلا إجبار قاله في الترغيب وغيره وفي الروضة إذا كان بينهم مواضع مختلفة إذا أخذ أحدهم من كل موضع منها حقه لم ينتفع به جمع له حقه من مكان واحد فإذا كان له سهم يسير لا يمكنه الانتفاع به إلا بإدخاله (((بإدخال))) الضرر على شركائه وافتياته عليهم منع من التصرف فيه وأجبر على بيعه كذا قال وفي التعليق والمبهج والكافي البيع ما فيه رد فقط واختاره شيخنا ومن دعا شريكه إلى البيع فيها أجبر فإن أبى بيع عليهما وقسم الثمن نقله الميموني وحنبل وذكره القاضي وأصحابه وذكره صاحب الإرشاد والفصول والإفصاح والترغيب وغيرها وكلام الشيخ والمحرر يقتضي المنع

وكذا الإجارة ولو في وقف ذكره شيخنا وللشافعية وجهان في الإجارة قال عمرو بن الصلاح وددت لو محي من المذهب قال وقد عرف من أصلنا أنه إذا امتنع السيد من الإنفاق على ممالكيه (((مماليكه))) باعهم الحاكم عليه فإذا صرنا إلى ذلك دفعا لضرر (((للضرر))) عن شريك له عليه حق وملك فلم لا يصير إلى ذلك دفعا للضرر عن شريك لاحق له عليه ولا ملك قال **والإجبار** على المهايأة ضعيف والضرر المانع من قسمة **الإجبار** نقص القيمة بها وعنه عدم النفع به مقسوما منفعته التي كانت اختاره الخرقي والشيخ وإن انفرد أحدهما بالضرر كرب ثلث مع رب ثلثين فلا إجبار واختار جماعة إن طلبها المتضرر أجبر الآخر وعنه عكسه

ويعتبر الضرر وعدمه في دور متلاصقة ونحوها في كل عين وحدها نقل أبو طالب يأخذ من كل موضع حقه إذا كان خيرا له

وإن كان بينهما عبيد أو بهائم أو ثياب ونحوها من جنس وفي المغني من نوع فطلبها أحدهما أعيانا بالقيمة أجبر الممتنع في المنصوص إن تساوت القيمة وقيل أولا والآجر واللبن المتساوي القوالب من قسمة الأجزاء والمتفاوت من قسمة

---

(١) الفروع، ٤٥٨/٥

(١) ".

"التعديل

وإن كان بينهما عرصة حائط أو حائط فقيل لا إجبار وقيل إلا في قسمة العرصة طولا في كمال عرضها وعند القاضي يجبر إن طلب قسمة طولهما في كمال العرض أو قسمة العرصة عرضا وهي تسع حائطين واختاره أبو الخطاب في العرصة (م ١) ومع القسمة فقيل بالقرعة وقيل لكل واحد ما يليه (م ٢) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) باب القسمة

مسألة ١ قوله وإن كان بينهما عرصة حائط أو حائط فقيل لا إجبار وقيل إلا في قسمة العرصة طولا في كمال عرضها وعند القاضي يجبر إن طلب قسمة طولهما في كمال العرض أو قسمة العرصة عرضا وهي تسع حائطين واختاره أبو الخطاب في العرصة انتهى وأطلقهما لي في المحرر وغيره

والقول الأول هو الصحيح وبه قطع في المنور وتذكرة ابن عبدوس وصححه في المحرر والنظم والحاوي الصغير وغيرهم وقدمه في المحرر والشرح والرعايتين وغيرهم واختاره الشيخ الموفق وغيره

والقول الثاني وهو الإجبار في قسمة العرصة طولا في كمال عرضها لم أطلع على من اختاره

القول الثالث وهو قول القاضي نسبه الشيخ في المقنع إلى الأصحاب فقال وقال أصحابنا إن طلب قسمته طولا بحيث يكون نصف الطول في كمال العرض أجبر الممتنع وإن طلب قسمته عرضا وكانت تسع حائطين أجبر وإلا فلا انتهى وفي نسبته إلى الأصحاب نظر وجزم به الوجيز

والقول الرابع اختاره أبو الخطاب فقال في الحائط لا يجبر على قسمها بحال وقال في العرصة كقول القاضي وتبعه في المذهب وغيره

مسألة ٢ قوله ومع القسمة فقيل بالقرعة وقيل لكل واحد ما يليه

١-

(٢) ".

"ونفقة الحيوان مدة كل واحد عليه

(١) الفروع، ٤٣٩/٦

(٢) الفروع، ٤٤٠/٦

وإن نقض الحادث عن العادة فللآخر الفسخ وإن كان بينهما أرض فيها مزروعة قسمت دون الزرع بطلب أحدهما واختار في الكافي لا ولا يجبر على قسمة الزرع وحده وكذا قسمتهما وفي المغني والكافي يجبر في قصيل ومشتد حبة وتجوز بتراضيهما في قصيل أو قطن واختار القاضي وفي مشتد مع الأرض وقيل بذر لأنهما تبع وفي الترغيب مأخذهما هل هي إفراز أو بيع وإن كان بينهما أرض

في بعضها نخل وبعضها شجر أو يشرب سيحا وبعضها بعلا قدم من يطلب قسمة كل عين على حدة لا أعيانا بالقيمة وإن كان بينهما نهر أو قناة أو عين ما فالنفقة لحاجة بقدر حقيهما والماء على ما شرطا عند الاستخراج ولهما قسمته مهايأة بزمن أو بنصب حجر مستوفى مصدم الماء فيه ثقبان بقدر حقيهما ولأحدهما في الأصح سقي أرض لا شرب لها منه بنصيبه وقيل إذا قلنا لا يملك الماء بملك أرضه فلكل منهما أن ينتفع بقدر حاجته فصل وما لا ضرر فيه ولا رد عوض كقرية

وبستان ودار كبيرة وأرض واسعة ومكيل وموزون من جنس كدبس وخل ودهن ولبن إذا طلبها شريكه أجبر هو أو وليه ومع غيبة ولي هل يقسم حاكم عليه فيه وجهان في الترغيب (م ٤) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

مسألة ٤ قوله في قسمة **الإجبار** ومع غيبة ولي هل يقسم حاكم عليه فيه وجهان في الترغيب انتهى أحدهما يقسمه حاكم وهو الصواب لأنه يقوم مقام الولي قال في المحرر

ويقسم الحاكم على الغائب في قسمة **الإجبار** وكذا قال في الوجيز وغيره وهو عام وقال في الرعاية ويقسم الحاكم على الغائب في قسمة **الإجبار** وقيل إن كان له وكيل حاضر جاز وإلا فلا وهذا القول اختاره الشيرازي والسامري وابن حمدان وقال في الرعاية أيضا وولي المولى عليه قسمة **الإجبار** كهو انتهى

وهذا يدل على أن الحاكم يقسم مع غيبة الولي قلت بل أولى لأنه له نوع كلام

-١

". (١)

"

قال جماعة إن ثبت ملكهما عنده ببينة ولم يذكره آخرون وجزم به في الروضة واختاره شيخنا (م ٥) كبيع مرهون وجان وإن كلام الإمام أحمد رحمه الله في بيع ما لا ينقسم وقسم ثمنه عام فيما ثبت أنه

(١) الفروع، ٤٤٢/٦

ملكهما وما لم يثبت كجميع الأموال التي تباع وأن مثل ذلك لو جاءته امرأة فزعمت أنها خلية لا ولي لها هل يزوجها بلا بينة ونقل حرب فيمن أقام بينة بسهم من ضيعة بيد قوم فهربوا منه يقسم عليهم ويدفع إليه حقه

قال شيخنا وإن لم يثبت ملك الغائب فدل أنه يجوز ثبوته وأنه أولى وهو موافق لما يأتي في الدعوى قال في المحرر يقسم حاكم على غائب قسمة إجبار وفي المبهج والمستوعب بل مع وكيله فيها الحاضر واختاره في الرعاية في عقار بيد غائب

وقال شيخنا في قرية مشاعة قسمها فلا حوها هل يصح قال إذا تهايؤوها (((تهايؤها))) ووزع كل منهم حصته فالزرع له ولرب الأرض نصيبه إلا أن من ترك من نصيب مالكه فله أخذ أجرة الفضلة أو مقاسمتها وهذه القسمة إفراز فتجوز قسمة الوقف (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

على المولى (((رد))) عليه (((وقسمة))) والله أعلم (((بعضه)))

وقال (((وقف))) في القاعدة الثالثة والعشرين فإن (((وتفرقهما))) كان المشترك (((الرد))) مثليا في قسمة الإجبار وهو المكيل والموزون فهل يجوز للشريك أخذ قدر حقه إذا امتنع الآخر وغاب على وجهين انتهى

أحدهما الجواز وهو قول أبي الخطاب

والثاني المنع وهو قول القاضي لأن القسمة يختلف في كونها بيعا وإذن الحاكم يرفع النزاع (((كله)))

مسألة ٥ قوله قال جماعة إن ثبت ملكهما عنده ببينة ولم يذكره آخرون وجزم به في الروضة واختاره شيخنا انتهى

من الجماعة الذين ذكروا ثبوت ملكهما عنده ببينة الخرقي وأقره في المغني عليه وقاله في الرعاية الكبرى ملحقا بخطه ومن الجماعة الذين لم يذكروا ذلك أبو الخطاب وصاحب المذهب والخلاصة والمحرر والرعاية الصغرى والحاوي الصغير وغيرهم

١-

(١) ".

---

(١) الفروع، ٦/٤٤٣

"

قوله السادس الغارمون وهم المدينون وهم ضربان ضرب غرم لإصلاح ذات البين

يعطى من غرم لإصلاح ذات البين بلا نزاع فيه لكن شرط المصنف في العمدة وبن تميم وبن حمدان في الرعاية الكبرى كونه مسلما ويأتي ذلك عند قوله ولا يجوز دفعها إلى كافر بأتم من هذا

تنبيه قوله وضرب غرم لإصلاح نفسه في مباح وكذا من اشترى نفسه من الكفار جاز له الأخذ من الزكاة

فوائد

منها لو كان غارما وهو قوي مكتسب جاز له الأخذ للغرم قاله القاضي في خلافه وبن عقيل في عمدة في الزكاة وذكره أيضا في المجرد والفصول في باب الكتابة وهو ظاهر كلام أحمد

وقيل لا يجوز جزم به المجد في شرحه وأطلقهما في القاعدة الثانية والثلاثين بعد المائة وقال هذا الخلاف راجع إلى الخلاف في إجباره على التكسب لوفاء دينه

قلت الصحيح من المذهب **الإجبار** على ما يأتي في باب الحجر

ومنها لو دفع إلى غارم ما يقضي به دينه لم يجز صرفه في غيره وإن كان فقيرا ولو دفع إليه لفقره جاز أن يقضى به دينه على الصحيح من المذهب وحكى في الرعاية وجها لا يجوز

ومنها لو تحمل بسبب إتلاف مال أو نهب جاز له الأخذ من الزكاة وكذا إن ضمن عن غيره مالا وهما معسران جاز الدفع إلى كل منهما وإن كانا موسرين أو أحدهما لم يجز على الصحيح من المذهب

وقيل يجوز إن كان الأصل معسرا والحميل موسرا وهو احتمال في التلخيص وقال في الترغيب يجوز إن ضمن معسرا موسرا بلا أمره

". (١)

"

وقيل لا يجوز وجزم به المجد في شرحه

قلت هذا المذهب وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٣/٢٣٣

وأطلقهما في القاعدة الثانية والثلاثين بعد المائة وقال هذا الخلاف راجع إلى الخلاف في إجباره على التكسب لوفاء دينه انتهى

قلت الصحيح من المذهب **الإجبار** على ما يأتي في كلام المصنف في باب الحجر

فائدة لو غرم لضمان أو كفالة فهو كمن غرم لنفسه في مباح على الصحيح من المذهب وقيل هو كمن غرم لإصلاح ذات البين فيأخذ مع غناه بشرط أن يكون الأصيل معسرا ذكره الزركشي وغيره

فائدة إذا قلنا الغني من ملك خمسين درهما وملكها لم يمنع ذلك من الأخذ بالغرم على الصحيح من المذهب والروايتين وعنه يمنع

فعلى المذهب من له مائة وعليه مثلها أعطي خمسين وإن كان عليه أكثر من مائة ترك له مما معه خمسون وأعطي تمام دينه

وعلى الرواية الثانية لا يعطى شيئا حتى يصرف جميع ما في يده فيعطى ولا يزاد على خمسين فإذا صرفها في دينه أعطي مثلها مرة بعد أخرى حتى يقضي دينه

قوله وإن فضل مع الغارم والمكاتب والغازي وبن السبيل شيء بعد حاجتهم لزمهم رده

إذا فضل مع الغازي شيء بعد قضاء دينه لزمه (((لزم))) رده بلا خلاف أعلمه لكن لو أبرىء (((أبرئ))) الغريم مما عليه أو قضي دينه من غير الزكاة فالصحيح من المذهب أنه يرد ما معه قال في الفروع استرد منه على الأصح ذكره جماعة وجزم به آخرون وذكره صاحب المحرر ظاهر المذهب وقدمه في المحرر قال

". (١)

"ثم إما أن يتركه بعد المدة بحكم العرف بأجرة مثله إلى حين نفاد الخشب لأنه العرف فيه كالزرع إلى حصاده للعرف فيه أو يجدد أجرة بأجرة المثل وهي المستحقة بالدوام بلا عقد

قوله وإن حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بإزالتها لزمه فإن أبى فله قطعها قال الأصحاب له إزالتها بلا حكم حاكم قال في الوجيز فإن أبى لواه إن أمكن وإلا فله قطعه وكذا قال غيره وقيل للإمام أحمد رحمه الله يقطعه هو قال لا يقول لصاحبه حتى يقطعه

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٣/٢٤٢

فائدة إذا حصل في ملكه أو هوائه أغصان شجرة لزم المالك إزالته إذا طالبه بذلك بلا نزاع لكن لو امتنع من إزالته فهل يجبر عليه ويضمن ما تلف به فيه وجهان وأطلقهما في الفروع والفائق والنظم

أحدهما لا يجبر ولا يضمن ما تلف به وهو الصحيح قدمه في المغنى والشرح وشرح بن رزين في عدم الإجبار والثاني يجبر على إزالته ويضمن ما تلف به وهو احتمال في المغنى والشرح

وقال بن رزين ويضمن ما تلف به إن أمر بإزالته ولم يفعل وكذا قال في المغنى والشرح قوله وإن صالحه عن ذلك بعوض لم يجز وهو أحد الوجوه جزم به في الهداية والمذهب ومسبوك الذهب والخلاصة ونهاية بن رزين وقدمه في الرعاية الكبرى وقيل يجوز قال المصنف في المغنى اللائق بمذهبنا صحته واختاره بن حامد وبن

". (١)

"إذا بناه صاحب العلو ومنع الشريك من الانتفاع بالحائط إذا أعيد بآلته العتيقة قلت وهو الصواب فوائد الأولى لو اتفقا على بناء حائط بستان فبنى أحدهما فما تلف من الثمرة بسبب إهمال الآخر يضمنه الذي أهمل قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله الثانية لو كان السفل لواحد والعلو لآخر فالسقف بينهما لا لصاحب العلو على الصحيح من المذهب والإجبار إذا انهدم السقف كما تقدم في الحائط الذي بينهما إذا انهدم ولو انهدم الجميع فلرب العلو إجبار صاحب السفل على بنائه على الصحيح من المذهب قال في البلغة والتلخيص والرعايتين والفائق أجبر في أصح الروايتين واختاره بن عبدوس في تذكرته وجزم به في الحاويين وقدمه بن رزين والقواعد وعنه لا يجبر وأطلقهما في المغنى والمحرر والشرح والفروع فعلى المذهب هل ينفرد صاحب السفل ببناء السفل أو يشركه فيه صاحب العلو ويجبر عليه إذا طلبه صاحب السفل فيه روايتان وأطلقهما في المستوعب والتلخيص والفائق والقواعد إحداهما ينفرد صاحب السفل بالبناء إلى حده وينفرد صاحب العلو ببنائه وهو المذهب قدمه في المحرر والفروع والرعايتين والحاويين وجزم به في المغنى والشرح والثانية يشركه صاحب العلو فيما يحمله منه ويجبر عليه إذا امتنع وعلى الثانية في أصل المسألة وهو أنه لا يجبر لصاحب العلو بناء السفل وفي منعه السكنى ما سلف من الخلاف فيما إذا كان بينهما حائط

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٢٥٢/٥

". (١)

"

ويحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص

يعني إذا اراد الغاصب قلع صبغه وامتنع المغصوب منه أجبر على تمكينه من قلعه ويضمن النقص

وهذا قدمه في الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة والتلخيص والرعايتين والحاوي الصغير والفائق

قال المصنف والشارح إذا أراد الغاصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب إن نقص

ولم يفرق الأصحاب بين ما يهلك صبغة بالقلع وبين ما لا يهلك

قال المصنف وينبغي أن ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه

وظاهر كلام الخرقي أنه لا يملك قلعه إذا تضرر به الثوب لأنه قال المشتري إذا بنى أو غرس في الأرض المشفوعة فله أخذه إذا لم يكن في أخذه ضرر

وقال المصنف وتبعه الشارح إن اختار المغصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان

أحدهما يملك إجبار الغاصب عليه

والثاني لا يملك إجباره عليه

قال القاضي هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله انتهى وتقدم ذلك

فعلى القول **بالإجبار** من الطرفين لو نقص الثوب بالقلع ضمنه الغاصب بلا نزاع

وإن نقص الصبغ فقال في الكافي لا شيء على المالك

قال الحارثي وهو أصح

وقال في المحرر يضمنه المالك كما في الطرف الآخر

قوله وإن وهب الصبغ للمالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها فهل يلزم المالك قبولها على وجهين

". (٢)

"

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٢٧١/٥

(٢) الإنصاف للمرداوي، ١٦٦/٦

وأطلقهما في الكافي والمغني والشرح والفائق والحاوي الصغير

أحدهما يلزمه قبوله وهو المذهب وهو ظاهر كلام الخرقي في الصداق وصححه القاضي وصاحب المستوعب والتلخيص والرعاية الصغرى وقدمه في الهداية والمذهب والخلاصة والرعاية الكبرى والفروع

قلت فيعايى بها

والوجه الثاني لا يلزمه قبوله صححه في التصحيح والنظم

قال الحارثي في التزويق ونحوه هذا أقرب إن شاء الله تعالى

فائدتان

إحداهما لو طلب المالك تملك الصبغ بالقيمة فقال القاضي وبن عقيل وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله لا يجبر الغاصب على القبول واختاره قاله في القواعد وذكر المصنف وجها **بالإجبار**

قال الحارثي وهو الصحيح

الثانية لو نسج الغزل المغصوب أو قصر الثوب أو عمل الحديد إبرا أو سيوفا ونحو ذلك ووهبه لمالكه لزمه قبوله

ولو سمر بمساميره بابا مغصوبا ثم وهب المسامير لرب الباب لم يلزمه قبولها قطع به الأكثر منهم صاحب المستوعب والتلخيص والرعاية

قال في الفروع في الأصح وقيل يلزمه

قوله وإن غصب صبغا فصبغ به ثوبا أو زيتا فلت به سويقا احتمل أن يكون (((تكون))) كذلك

يعني يكونان شريكين بقدر ماليهما كما لو غصب ثوبا فصبغه بصبغ من عنده وهذا المذهب

قال الحارثي ولم يذكر الأصحاب سواه في صورة الصبغ وجزم به في

---

(١) ".

"

والصحيح من المذهب أنه لا يجوز دفعه إليهم نص عليه كولده وقدمه في الفروع

واختار جماعة من الأصحاب أنه لا يجوز دفعه إلى ابنه فقط

وذكر جماعة من الأصحاب أنه لا يعطي الولد ولا الوالد منهم صاحب النظم

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٦/١٦٧

وذكر بن رزين في منع من يمونه وجها

فائدة قال في الفائق وليس له دفعه إلى ورثة الموصى ذكره المجد في شرح الهداية

ونص عليه في رواية أبي الصقر وأبي داود وقاله الحارثي

قوله (وإن دعت الحاجة إلى بيع بعض العقار لقضاء دين الميت أو حاجة الصغار وفي بيع بعضه نقص فله البيع على الكبار والصغار)

يعني إذا امتنع الكبار من البيع أو كانوا غائبين

وهذا المذهب نص عليه

وجزم به في المحرر والوجيز والمنور ومنتخب الأزجى

وقدمه في الرعايتين والنظم والحاوي الصغير والفروع وشرح الحارثي

قال في الفائق والمنصوص **الإجبار** على بيع غير قابل للقسمة إذا حصل بيع بعضه نقص ولو كان الكل كبارا وامتنع البعض

نص عليه في رواية الميموني وذكره في الشافي

واختاره شيخنا لتعلق الحق بنصف القيمة للشريك لا بقيمة النصف

انتهى كلام صاحب الفائق

ويحتمل أنه ليس له البيع على الكبار وهو أقيس

فاختاره المصنف والشارح

". (١)

"

وقيل يجبره مع الشهوة وإلا فلا اختاره القاضي

وقيل لا يزوجه إلا الحاكم ذكره في الرعاية

قلت تقديم الحاكم على الأب قول ساقط

ويأتي هل لوصي الصغير **الإجبار** عند قوله ووصيه في النكاح بمنزلته فوائد

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٧/٣٠٠

منها ما قاله القاضي في الجامع الكبير إن تزويج الطفل والمعتوه ليس بإجبار إنما **الإجبار** في حق من له إذن واختيار انتهى

ومنها لو كان يخنق في الأحيان لم يجز تزويجه إلا بإذنه

ومنها ليس للابن الصغير إذا زوجه الأب خيار إذا بلغ على الصحيح من المذهب جزم به في الرعاية وغيرها وقدمه في الفروع وغيره

قال الزركشي هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله والأصحاب

وظاهر كلام بن الجوزي أن له الخيار

ومنها للأب قبول النكاح للمجنون والصغير وله أن يفوضه إلى الصغير

قال في الفروع إن صح بيعه وطلاقه

وقال في الرعاية ويصح قبول المميز بإذن وليه نص عليه

قال في المغني والشرح فإن كان الغلام بن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه

ومنها حيث قلنا يزوج الصغير والمجنون فيكون بواحدة وفي أربع وجهان وأطلقهما في الفروع

وظاهر المغني والشرح الإطلاق

قال القاضي في المجرد قياس المذهب أنه لا يزوجه أكثر من واحدة

قلت وهو الصواب وجزم به في المذهب

". (١)

"

وقال القاضي في الجامع الكبير له تزويج ابنه الصغير بأربع

قال بن نصر الله في حواشيه وهو أظهر

وجزم به بن رزين في شرحه وقال إذا رأى فيه مصلحة

وهو مراد من أطلق ويأتي حكم سائر الأولياء في تزويجهم لهما

المسألة الثانية أولاده الذكور العاقلين (((العاقلون))) البالغين (((البالغون))) ليس له تزويجهم

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٥٣/٨

يعني بغير إذنهم بلا نزاع إلا أن يكون سفيها ففي إجباره وجهان

وأطلقهما في الرعايتين والفروع والبلغة والحاوي الصغير في هذا الباب

قلت الأولى **الإجبار** إن كان أصلح له

وتقدم ذلك أيضا في باب الحجر بأتم من هذا فليراجع

المسألة الثالثة ابنته البكر التي لها دون تسع سنين فله تزويجها بغير إذنها ورضاها بلا نزاع وحكاه بن المنذر إجماعا

المسألة الرابعة البكر التي لها تسع سنين فأزيد إلى ما قبل البلوغ له تزويجها بغير إذنها على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقطع به الخرقي والمصنف في العمدة وصاحب الوجيز وغيرهم

وقدمه في المغني والشرح وقالا هذا المشهور

وقدمه أيضا في النظم والرعايتين والحاوي الصغير والفروع والفائق وغيرهم

وعنه لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين إلا بإذنها

قال الشريف أبو جعفر هو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله

قال الزركشي وهي أظهر

وأطلقهما في الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة والمحرر والقواعد الأصولية وغيرهم

". (١)

"

منهم بن بطة وصاحبه أبو جعفر بن المسلم وبن حامد والقاضي والشريف وأبو الخطاب وبن عقيل والشيرازي والمصنف وغيرهم

وهو ظاهر كلام الخرقي

وجزم به في الوجيز وغيره

وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير والفروع والفائق وغيرهم

وعنه له إجبارها اختاره أبو بكر

وقدمه في النظم والرعاية الصغرى والفائق

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٥٤/٨

العاشرة الثيب البالغة العاقلة ليس له إجبارها بلا نزاع

تنبيه ظاهر كلام المصنف بل هو كالصريح في قوله فإن لم يرضيا أو أحدهما لم يصح إلا الأب له تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته الأبكار بغير إذنهم أن الجد ليس له **الإجبار** وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب

وذكر في الواضح رواية أن الجد يجبر كالأب

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله وقدمه بن رزين في شرحه فائدتان

إحداهما للصغيرة بعد تسع سنين إذن صحيحة معتبرة حيث قلنا لا تجبر أو تجبر لأجل استحباب إذنها على الصحيح من المذهب نص عليه

ونقله عبد الله وبن منصور وأبو طالب وأبو الحارث وبن هانئ والميموني والأثرم وعليه جماهير الأصحاب

وجزم به القاضي في تعليقه وجامعه ومجرده وبن عقيل في فصوله وتذكرته وأبو الخطاب في خلافه والشريف أبو جعفر وبن البنا ونصبهما الشيرازي للخلاف

". (١)

"

وقيل لا يصح هنا قولا واحدا كذمته

قلت وهي بمسألة الفضولى أقرب فتلحق بها

وأطلقهما في المستوعب والفروع

وعلى كلا الطريقين لا يصح النكاح على الصحيح

الثانية لو زوج الولي موليته التي يعتبر إذنها بغير إذنها فهو كزواج الأجنبي بغير إذن الولي قاله في المستوعب وغيره

قوله ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضرا

الصحيح من المذهب جواز الوكالة في النكاح وجواز توكيل الولي سواء كان مجبرا أو غير مجبر أبا كان أو غيره بإذن الزوجة وبغير إذنها وهو ظاهر المصنف هنا

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٥٧/٨

وقدمه في المغني والشرح والكافي ونصراه

وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير والفروع في هذا الباب

وقدمه في المحرر في باب الوكالة والنظم والفائق

قال الزركشي هذا اختيار الشيخين وغيرهما

وقيل لا يوكل غير مجبر بلا إذنها إلا الحاكم وقدمه في الفروع في باب الوكالة فتناقض

وخرج القاضي في المجرد وبن عقيل في الفصول هذه على الروايتين في توكيل الوكيل من غير إذن الموكل وقالا من لا يجوز له **الإجبار** يكون كالوكيل في التوكيل ورده المصنف والشارح

وقال في الترغيب لو منعت الولي من التوكيل امتنع ورده المصنف أيضا وغيره

". (١)

"

وقيل لا يوكل مجبر أيضا بلا إذنها إن كان لها إذن معتبرة ذكره في الرعايتين فوائد

الأولى يجوز التوكيل مطلقا ومقيدا

فالمطلق مثل أن يوكله في تزويج من يرضاه أو من يشاء ونحوهما

والمقيد مثل أن يوكله في تزويج رجل بعينه ونحوه

وهذا المذهب نص عليه وجزم به في المغني والشرح والكافي وغيرهم

وقدمه في الرعاية الكبرى والفروع

وقيل يعتبر التعيين لغير المجبر

وقيل يعتبر التعيين للمجبر وغيره

الثانية ما قاله المصنف والشارح وبن حمدان وغيرهم أنه يثبت للوكيل مثل ما يثبت للموكل فإن كان له **الإجبار** ثبت لوكيله وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل إلى إذنها ومراجعتها في زواجها لأنه نائب عنه فيثبت له مثل ما يثبت لمن ينوب عنه

وكذا الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٨٢/٨

وقال المصنف والشارح في باب الوكالة والذي يعتبر إذنها فيه للوكيل هو غير ما يوكل فيه الموكل بدليل أن الوكيل لا يستغني عن إذنها في التزويج فهو كالموكل في ذلك

وتقدم التنبيه على ذلك في باب الوكالة

الثالثة يشترط في وكيل الولي ما يشترط في الولي نفسه على الصحيح من المذهب فلا يصح أن يكون الوكيل فاسقا ونحوه وهو من مفردات المذهب

". (١)

"

الرابعة قوله ولا يحملها ما لا تطيق

قال أبو المعالي في سفر النزهة قال أهل العلم لا يحل أن يتعب دابة ولا أن يتعب نفسه بلا غرض صحيح

الخامسة يجوز الانتفاع بالبهائم في غير ما خلقت له كالبقر للحمل أو الركوب والإبل والحمير للحرث

ذكره المصنف وغيره في الإجارة لأن مقتضى الملك جواز الانتفاع به فيما يمكن وهذا ممكن كالذي خلق له وجرت به عادة بعض الناس ولهذا يجوز أكل الخيل واستعمال اللؤلؤ وغيره في الأدوية وإن لم يكن المقصود منها ذلك

واقتصر عليه في الفروع وغيره

وقوله عليه أفضل الصلاة والسلام عن البقرة لما ركبت إنها قالت لم أخلق لهذا إنما خلقت للحرث أي معظم النفع ولا يلزم منه نفي غيره

قوله فإن عجز عن الإنفاق عليها أجبر على بيعها أو إجارتها أو ذبحها إن كان مما يباح أكله

هذا المذهب وعليه الأصحاب

وفي عدم **الإجبار** احتمالان لابن عقيل

فائدة لو أبى ربها الواجب عليه فعلى الحاكم الأصلح أو اقترض عليه

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٨/٨٣

قال في القاعدة الثالثة والعشرين لو امتنع من الإنفاق على بهائمه أجبر على الإنفاق أو البيع أطلقه كثير من الأصحاب

وقال بن الزاغوني إن أبى باع الحاكم عليه

." (١)

"

هذا المذهب

جزم به في الوجيز وغيره

وقدمه في المغنى والشرح وشرح بن منجا والمحرر والنظم والفروع وغيرهم

ويحتمل أن لا يجوز

وهو وجه اختاره القاضي

وأطلقهما في الهداية والمذهب والرعايتين والحاوي

وقال المصنف هنا ويجىء (((ويجيء))) على أصلنا أن الماء لا يملك وينتفع كل واحد منهما على قدر حاجته

وكذا قال في الهداية والمذهب

قال في الفروع وقيل له ذلك إذا قلنا لا يملك الماء بملك الأرض فلكل واحد منهما أن ينتفع بقدر حاجته

وتقدم ذلك في كلام المصنف في كتاب البيع

وذكرنا ما فيه من الخلاف

وتقدم أيضا هذا في باب إحياء الموات

وفروع أخرى كثيرة فليعاود

قوله النوع الثاني

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٤١٥/٩

قسمة **الإجبار** وهي ما لا ضرر فيها ولا رد عوض كالأرض الواسعة والقرى والبساتين والدور الكبار والدكاكين الواسعة والمكيلات والموزونات من جنس واحد سواء كان مما مسته النار كالدبس وخل التمر أو لم تمسه كخل العنب والأدهان والألبان ونحوها بلا نزاع

". (١)

"

وقوله فإذا طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر أجبر عليه بلا نزاع

وكذا يجبر ولي من ليس أهلا للقسمة لكن مع غيبة الولي هل يقسم الحاكم عليه فيه وجهان

ذكرهما في الترغيب

واقتصر عليهما مطلقين في الفروع

أحدهما يقسمه الحاكم

قلت وهو الصواب لأنه يقوم مقام الولي

قال في المحرر ويقسم الحاكم علي الغائب في قسمة **الإجبار** وكذا في الوجيز وغيره وقال في الرعاية ويقسم الحاكم على الغائب في قسمة **الإجبار**

وقيل إن كان له وكيل حاضر جاز وإلا فلا

وقال وولي المولى عليه في قسمة **الإجبار** كهو

وهذا يدل على أن الحاكم يقسمه مع غيبة الولي

وقال في القاعدة الثالثة والعشرين فإن كان المشترك مثليا في قسمة **الإجبار** وهو المكيل والموزون فهل يجوز للشريك أخذ قدر حقه بدون إذن الحاكم إذا امتنع الآخر أو غاب على وجهين

أحدهما الجواز

وهو قول أبى الخطاب

والثاني المنع

وهو قول القاضي

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ١١/٣٤٤

". (١)

"

لأن القسمة مختلف في كونها بيعا وإذن الحاكم يرفع النزاع والثاني لا يقسمه

فائدة قال جماعة عن قسم الإجبار يقسم الحاكم إن ثبت ملكها عنده منهم الخرقي وأقره المصنف عليه

وقاله في الرعاية الكبرى بخطه ملحقا

ولم يذكره آخرون

منهم أبو الخطاب وصاحب المذهب والخلاصة والمحرر والرعاية الصغرى والحاوي الصغير وغيرهم

وجزم به في الروضة

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله كبيع مرهون وعبد جان

وقال كلام الإمام أحمد رحمه الله في بيع ما لا يقسم وقسم ثمنه عام فيما ثبت أنه ملكهما وما لم يثبت كجميع الأموال التي تباع

قال ومثل ذلك لو جاءته امرأة فزعمت أنها خلية لا ولي لها هل يزوجها بلا بينة

ونقل حرب فيمن أقام بينة بسهم من ضيعة بيد قوم فهربوا منه يقسم عليهم ويدفع إليه حقه

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله وإن لم يثبت ملك الغائب

قال في الفروع فدل أنه يجوز ثبوته وأنه أولى

وهو موافق لما يأتي في الدعوى

قال في المحرر ويقسم حاكم على غائب قسمة إجبار

وقال في المبهج والمستوعب بل مع وكيله فيها الحاضر

واختاره في الرعاية في عقار بيد غائب

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله في قرية مشاعة قسمها فلاحوها هل

". (٢)

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٣٤٥/١١

(٢) الإنصاف للمرداوي، ٣٤٦/١١

"

والكافي والمحرر والنظم والرعايتين والحاوي والوجيز وغيرهم

وقدمه في الفروع

وقدم في المغنى أن يكتب باسم كل واحد رقعة لحصول المقصود

وقدمه في الشرح أيضا

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله أنه لا قرعة في مكيل وموزن (((وموزون))) لا للابتداء

فإن خرجت لرب الأكثر أخذ كل حقه

فإن تعدد سبب استحقاقه توجه وجهان

فائدة قسمة **الإجبار** تنقسم أربعة أقسام

أحدها أن تكون السهام متساوية وقيمة الأجزاء متساوية وهي مسألة المصنف الأولى

الثاني أن تكون السهام مختلفة وقيمة الأجزاء متساوية وهي مسألة المصنف الثانية

الثالث أن تكون السهام متساوية وقيمة الأجزاء مختلفة

الرابع أن تكون السهام مختلفة والقيمة مختلفة

فأما الأول والثاني فقد ذكرنا حكمهما في كلام المصنف

وأما القسم الثالث وهو أن تكون السهام متساوية والقيمة مختلفة فإن الأرض تعدل بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة ويفعل في إخراج السهام مثل الأول

وأما القسم الرابع وهو ما إذا اختلفت السهام والقيمة فإن القاسم يعدل السهام بالقيمة ويجعلها ستة أسهم متساوية القيم ثم يخرج الرقاع فيها الأسماء على السهام كالقسم الثالث سواء إلا أن التعديل هنا بالقيم وهناك بالمساحة

قوله فإن ادعى بعضهم غلطا فيما تقاسموه بأنفسهم وأشهدوا على تراضيهم به لم يلتفت إليه

---

(١) ".

"

وقال في الهداية قال شيخنا يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء واقتصر عليه

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٣٥٨/١١

وجزم به في الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة والنظم والرعايتين والحاوي الصغير ومنتخب الآدمي وتذكرة بن عبدوس وغيرهم

قال الشارح هكذا ذكره الشريف أبو جعفر وحكاه أبو الخطاب عن القاضي

وجزم به الشارح ونصره

قال هذه قسمة بمنزلة البيع

فإن الدارين لا يقسمان قسمة إجبار وإنما يقسمان بالتراضي فتكون جارية مجرى البيع

قال وكذلك يخرج في كل قسمة جارية مجرى البيع وهي قسمة التراضي كالتي فيه رد عوض وما لا يجبر على قسمته لضرر فيه

فأما قسمة **الإجبار** إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا بعد البناء والغراس فيه فنقض البناء وقلع الغراس فإن قلنا القسمة بيع فكذلك

وإن قلنا ليست بيعا لم يرجع به

هذا الذي يقتضيه قول الأصحاب انتهى

وقال في القواعد إذا اقتسما أرضا فبنى أحدهما في نصيبه وغرس ثم استحقت الأرض فقلع غرسه وبناءه

فإن قلنا هي إفراز حق لم يرجع على شريكه

وإن قلنا بيع رجع عليه بقيمة النقص إذا كان عالما بالحال دونه

وقال ذكره في المغني ثم ذكر قول القاضي المتقدم

وقال في الفروع وإن بنى أو غرس فخرج مستحقا فقلع رجع على شريكه بنصف قيمته في قسمة **الإجبار**

". (١)

"

وإن قلنا هي بيع كقسمة تراض وإلا فلا

وأطلق في التبصرة رجوعه وفيه احتمال انتهى

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٣٦٢/١١

قال الناظم ٪ وإن بان في الإجبار لم يغرم البنا ٪ ولا الغرس إذا هي ميز حق بأجود ٪

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله إذا لم يرجع حيث لا يكون بيعا فلا يرجع بالأجرة ولا بنصف قيمة الولد في الغرور إذا اقتسما الجواري أعيانا

وعلى هذا فالذي لم يستحق شيئا (((شيء))) من نصيبه يرجع الآخر عليه بما فوته عليه من المنفعة هذه المدة وهنا احتمالات

أحدها التسوية بين القسمة والبيع

الثاني الفرق مطلقا

والثالث إلحاق ما كان من القسمة بيعا بالبيع

قوله وإن خرج في نصيب أحدهما عيب فله فسخ القسمة

يعني إذا كان جاهلا به

وله الإمساك مع الأرش

هذا المذهب

جزم به في الهداية والمذهب والخلاصة ومنتخب الآدمي وغيرهم

وقدمه في المغني والمحرر والشرح والنظم والرعايتين والحاوي والفروع وغيرهم

ويحتمل أن تبطل القسمة لآن التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع

قوله وإذا اقتسم الورثة العقار ثم ظهر علي الميت دين فإن قلنا هي إفراز حق لم تبطل القسمة وإن قلنا هي بيع انبنى على

". (١)

"بيع صحت ولزم الشريك تمكينه من الاستطراق بناء على قول الأصحاب إذا باعه بيتا في وسط داره ولم يذكر طريقا صح البيع واستتبع طريقه كما ذكره القاضي في خلافه لو اشترط عليه الاستطراق في القسمة صح

قال المجد هذا قياس مذهبنا في جواز بيع

وفي منتخب الآدمي البغدادي يفسخ بعيب وسد المنفذ عيب فوائد

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٣٦٣/١١

الأولى مثل ذلك في الحكم لو حصل طريق الماء في نصيب أحدهما قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله

وقال في الفروع ونصه هو لهما ما لم يشترطا رده وهذا المذهب

وجزم به في المغني والشرح والمصنف قاس المسألة الأولى على هذه كما تقدم في التخريج

ونقل أبو طالب في مجرى الماء لا يغير مجرى الماء ولا يضر بهذا إلا أن يتكلف له النفقة حتى يصلح له المسيل

الثانية لو كان للدار ظله فوقعت في حق أحدهما فهي له بمطلق العقد قاله الأصحاب

الثالثة لو ادعى كل واحد أن هذا البيت من سهمي تحالفا ونقضت القسمة

الرابعة قوله ويجوز للأب والوصي قسم مال المولى عليه مع شريكه بلا نزاع

ويجبران في قسمة **الإجبار**

ولهما أن يقاسما قسمة التراضي إن رأيا المصلحة

وتقدم حكم ما إذا غاب الولي في قسمة **الإجبار** هل يقسم الحاكم

وتقدم إذا غاب أحد الشريكين في فصل قسمة **الإجبار** والله أعلم

---

(١) ".

"وشروطه أي النكاح أربعة:الأول تعيين الزوجين في العقد؛لأن النكاح عقد معاوضة أشبه البيع فلا يصح إن قال زوجتك ابنتي،وله غيرها حتى يميزها باسم وصفة لا يشاركها فيها غيرها كالكبرى أو الطويلة أو البيضاء،والكبير أو القصير أو الأبيض،أو يشير إليها وهى حاضرة كهذه.وإن لم يكن له غيرها صح لعدم الالتباس حتى ولو سماها بغير اسمها.و الشرط الثاني رضاهما أي رضا زوج مكلف ولو رقيقا فليس لسيده إجباره لأنه يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر،ورضا زوجة حرة عاقلة ثيبة ثم لها تسع سنين ولها إذن صحيح معتبر نصا فيشترط مع ثيوبه ويسن مع بكارة نصا،لكن لأب ووصية في نكاح تزويج صبيصغير،وتزويج بالغ معتوه وتزويج مجنونة سواء كانت بالغة أو لا وثيبا أو لا،ولوكانت بلا شهوة لأن ولاية **الإجبار** انتفت عن العاقلة بخيرة نظرها لنفسها بخلاف المجنونة،وله تزويج ثيب لها من العمر دون تسع بإذنها وبدونه،و له تزويج بكر مطلقا أي سواء كانت بالغة أو لا بإذنها أو لا،وليس ذلك للجد كسيد مع

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٣٦٨/١١

إمائه و مع عبده الصغير أي كما يملك السيد ولو فاسقا إجبار أمته كبيرة كانت أو صغيرة بكرا أو ثيبا قنا أو مدبرة أو أم ولد،وعبده الصغير ولو مجنونا لا الكبير العاقل كما تقدم آنفا،وأما المجنونة فإنه يزوجها لحاجتها إلى النكاح كل ولي لدفع ضررالشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض،وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها إليهم.فلا يزوج باقي الأولياء صغيرة لها دون تسع سنين بحال من الأحوال سواء أذنت أو لا؛لأنه لا إذن لها وغير الأب ووصيه لا إجبار له ولا يزوج باقي الأولياء بنت تسع سنين فأكثر إلا بإذنها وهو أي الإذن صمات بكر أي سكوتهاوكذا ضحكها أو بكاؤها،ونطقها أبلغ من صماتها لأنه الأصل،واكتفى بصماتالبكر لاستحيائها،ونطق ثيب عطف على ما قبله وهي من وطئت في قبلها بآلة." (١)

"**بالإجبار** على القسمة ثلاثة شروط: ثبوت ملك الدعوى، وثبوت أن لا ضرر فيها، وثبوت إمكان التعديل للسهام في المقسوم بلا جعل شيء معها وإلا فلا إجبار فيجبر شريك أو وليه إن كان محجورا عليه عليها أي القسمة ويقسم حاكم على غائب من الشريكين أو وليه، لأن قسمة **الإجبار** حق على الغائب فجاز الحكم به كسائر الحقوق رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ٢٦٤بطلب شريط للغائب أو وليه أي ولي شريط الغائب أي إن لم يكن مكلفا، وهذه القسمة إفراز حق أحد الشريكين من حق الآخر، يقال أفرزت الشيء وفرزته إذا عزلته، من الفرزة وهي القطعة، فكان الإفراد اقتطاع لحق أحدهما من الآخر لا بيع لأنها لو كانت بيعا لم تصح بغير رضا الشريك ولوجبت فيها الشفعة ولما لزمت بالقرعة، فيصح قسم لحم هدى وأضاحي، لا قسم رطب من شيء بيابسه كأن يكون بين اثنين قفيز رطب وقفيز تمر أو رطل لحم نبيء ورطل مشوي لم يجز أن يأخذ أحدهما التمر واللحم المشوي والآخر الرطب أو اللحم النيء لوجود الربا المحرم لأن حصة كل واحد من الرطب تقع بدلا من حصة شريكه من اليابس فيفوت التساوي المعتبر في بيع الربوى بجنسه. ويصح قسم ثمر يخرص خرصا، وقسم ما يكال وزنا وعكسه. ويصح أن يتقاسما بأنفسهما وأن ينصبا قاسما، لأن الحق لا يعدوهما وأن يسألا حاكما نصبه، وشرط كون قاسما مسلما إذا نصبه حاكم وكونه عدلا وكونه عارفا بالقسمة ليحصل منه المقصود ما لم يرضو بغيره لأن الحق لا يعدوهم، ويكفي قاسم واحد حيث لم يكن في القسمة تقويم، لأنه كالحاكم و لا يكفي مع تقويم إلا إثنان، لأنه شهادة بالقيمة. وتباح أجرته وهي بقدر الأملاك نصا ولو شرط خلافه قال في المنتهى، وقال في الإقناع: فإن استأجره كل واحد منهم بأجر معلوم ليقسم نصيبه جاز، وإن استأجروه جميعا إجارة واحدة بأجرة واحدة

(١) كشف المخدرات والرياض الزاهرات لشرح أخصر المختصرات، ١/٣٨٨

لزم كل واحد من الأجر بقدر نصيبه من المقسوم ما لم يكن شرط. انتهى. وتسمى الأجرة قسامة بضم القاف وتعدل السهام أي سهام." [(١)]

"(ويطالب به) أي بما لزمه من ثمن مبيع ونحوه (١) وما أقر به (بعد فك الحجر عنه) لأنه حق عليه (٢) وإنما منعنا تعلقه بماله لحق الغرماء، فإذا استوفي فقد زال العارض (٣) (ويبيع الحاكم ماله) أي مال المفلس الذي ليس من جنس الدين (٤) بثمن مثله أو أكثر (٥).______________(١) كبدل قرض، وضمان، وإجارة.(٢) أي لأن ما لزمه من ثمن مبيع، أو بدل قرض، أو إقرار لشخص، ونحو ذلك حق عليه، كما لو ابتاع، أو اقترض ونحوه، أو أقر لإنسان بمال بعد الحجر عليه.(٣) أي فلمن باعه ونحوه بعد فك الحجر مطالبته بحقوقهم، قولا واحدا.(٤) أي الذي عليه، بنقد البلد، أو غالبه رواجا، أو الأصلح، أو الذي من جنس الدين، على ما تقدم في الرهن، وهذا الحكم الرابع، وأما الذي من جنس الدين فلا حاجة إلى بيعه، وإنما يلزم الحاكم قسمه، وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان، ورضي أن يأخذ عوضه من الأثمان جاز، وإلا اشتري له بـحصته من الثمن، كدين سلم.(٥) أي بثمن مثل المبيع المستقر في وقته، وهو ما تنتهي إليه رغبات الراغبين، أو أكثر من ثمن مثله على الفور إن حصل راغبا، قاله الشيخ وغيره، وقال: لأنه محجور عليه في ماله، فلا يتصرف له فيه إلا بالأحظ ويجب الاستقصاء، وعدم العجلة، حتى يبذل في الجميع قيمته في ذلك الوقت، إلا أن الشيخ يرى اختيار عدم الإجبار على البيع، إذا حصل كساد خارج عن العادة، لجدب ونحوه، ويبدأ بأقله بقاء، وأكثره كلفة، ويترك له ما يحتاجه من مسكن، وخادم لمثله بلا نزاع قاله في الإنصاف، وما يتجر به، كمؤنته أو آلة حرفته وله ولعياله أدنى نفقة مثلهم. وفي رواية: ما يقوم به معاشه. ولعله في حق من لا يمكنه التصرف ببدنه. ومذهب أبي حنيفة: يترك له المسن، ومذهب مالك والشافعي: تباع ويكترى له بدلها، لخبر «خذوا ما وجدتم».." [(٢)]

".(وتثبت) الشفعة (لشريك في أرض تجب قسمتها)(١) فلا شفعة في منقول، كسيف ونحوه (٢) لأنه لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص (٣) ولا فيما لا تجب قسمته، كحمام، ودور صغيرة ونحوها (٤) لقوله صلى الله عليه وسلم «لا شفعة في فناء، ولا طريق، ولا منقبة» رواه أبو عبيدة في الغريب (٥).والمنقبة: طريق ضيق بين دارين، لا يمكن أن يسلكه أحد (٦) (ويتبعها) أي الأرض (الغراس والبناء)(٧) فتثبت الشفعة فيهما تبعا للأرض إذا بيعا معها (٨) لا إن بيعا مفردين (٩)______________(١) أي قسمة

---

(١) كشف المخدرات والرياض الزاهرات لشرح أخصر المختصرات، ٦٨/٢

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١٧٠/٩

إجبار، قال الشيخ وغيره: باتفاق الأئمة، لما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم».(٢) كجوهر، وحيوان، وسفينة، وزرع، وثمرة، لأنه لا يبقى على الدوام، ولا يدوم ضرره، وهذا مذهب الجمهور.(٣) يعني في قوله «إذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق» وقوله «قضى بالشفعة في كل شرك في أرض، أو ربع» وهو المنزل "أو حائط" وغير ذلك.(٤) كبئر، وطرق ضيقة لا تقبل القسمة.(٥) ورواه الخطابي في رؤوس المسائل.(٦) ولو أمكن قسمة **الإجبار** ونحوه وجبت الشفعة بلا نزاع، وقال الشيخ وغيره: الصواب، ثبوت الشفعة، ولو لم تمكن القسمة، لعموم الأخبار، وهو مذهب أبي حنيفة، واختيار أبي شريح وابن عقيل وغيرهما. ولأن الشفعة تثبت لإزالة ضرر المشاركة، والضرر. في هذا النوع أكثر، لأنه يتأبد ضرره. والله أعلم.(٧) إذ هي الأصل التي تبقى على الدوام، ويدوم ضرر الشركة فيها.(٨) قال الموفق وغيره: بغير خلاف في المذهب، ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافا، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم، وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم، ربعة أو حائط، وهذا يدخل فيه البناء، والأشجار.(٩) أي الغراس والبناء، فلو باع المساقي نصيبه من الشجر، لغير صاحب الأرض لم تثبت لصاحب الأرض شفعة. قال أبو الخطاب وغيره: وعنه: تجب فيهما؛ وهو قول مالك، للعموم؛ واختاره الشيخ وغيره.وظاهر كلام أهل اللغة أو صريحه: أن الغراس والبناء من العقار. ونص الأصمعي: العقار المنزل، والأرض والضياع. وعن الزجاج: كل ما له أصل. والنخل خاصة، يقال له عقار. وقال ابن مالك، المال الثابت كالأرض والشجر.." (١)

"الشرط (الثاني: رضاهما)(١) فلا يصح إن أكره أحدهما بغير حق، كالبيع(٢) (إلا البالغ المعتوه)(٣) فيزوجه أبوه، أو وصيه في النكاح(٤).(و) إلا (المجنونة(٥) والصغير(٦) والبكر، ولو مكلفة(٧)__________(١) أي زوج مكلف ولو رقيقا، وزوجة حرة عاقلة ثيب، لها تسع سنين، كما يأتي. فأما الرجال البالغون الأحرار، المالكون لأمر أنفسهم، والثيب البالغ، فإنهم اتفقوا على اشتراط رضاهم، وقبولهم في صحة النكاح، كما حكاه ابن رشد وغيره.(٢) أي كما لا يصح بيع المكره بغير حق، فإن أكره بحق جاز، كتزويج ابنته الصغيرة البكر من كفو مع كراهيتها.(٣) وهو ناقص العقل، مختلط الكلام، قليل الفهم، فاسد الترتيب، لا يضرب ولا يشتم، والمجنون: من زاد على هذه الأشياء. فيضرب، ويشتم، ومن يخنق في بعض الأحيان، أو زال عقله ببرسام ونحوه، لم يصح إلا بإذنه، فإن دام به فكالمجنون، قاله الشيخ وغيره، فإن من أمكن أن يتزوج لنفسه، لم تثبت ولاية تزويجه، كالعاقل.(٤) نص عليه، وقيل: مع الشهوة.

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٤١٦/٩

وليس له تزويج ابنه البالغ العاقل بلا إذنه بلا نزاع، وقال الشيخ: ليس للأبوين إلزام الولد بنكاح من لا يريد، فلا يكون عاقا كأكل ما لا يريد.(٥) لأن ولاية الإجبار انتفت عن العاقلة بخيرة نظرها لنفسها، بخلاف المجنونة.(٦) أي غير البالغ، فلا خلاف أن للأب تزويج ابنه الغلام، العاقل، بغير إذنه، لأن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير، ويزوجه بواحدة، صوبه في تصحيح الفروع، وقيل: بأكثر إن رأي فيه مصلحة.(٧) أي وإلا البكر، فللأب أو وصيه تزويج ابنته البكر، التي لها دون تسع، بغير إذنها ورضاها، إذا وضعها في كفء بلا نزاع، وحكاه ابن رشد والوزير وغيرهما اتفاقا، لما ثبت أن أبا بكر: زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم عائشة بنت ست، قالوا: ولو مكلفة على المشهور، وبه قال أبو حنيفة ومالك، والشافعي، وسائر الفقهاء.واستثنى مالك – في أظهر الروايتين عنه – المتعنسة، وهي التي طال مكثها في بيت أبيها، حتى بلغت أربعين سنة، وكذا التي تزوجت ولم يدخل بها، وقد باشرت الأمور، وعرفت مصالحها من مضارها، فقال مالك: لا يملك الأب إجبارها، وكذا قال أبو حنيفة: لا يملك الأب إجبارها، وعن أحمد: عدم إجبار المكلفة، اختاره أبو بكر والشيخ، قال في الفائق: وهو الأصح. وقال الزركشي: هو أظهر، لأن مناط الإجبار الصغر.قال الشيخ: فالصحيح أن البكر البالغة لا يجبرها أحد، لما في الصحيحين «لا تنكح البكر حتى تستأذن» وهو قول أبي عبيد، وأصحاب الرأي. قال ابن القيم: قالت الشافعية: له أن يجبر ابنته البالغة المفتية، العالمة بدين الله، بمن هي أكره الناس له، حتى لو عينت كفوا، وتركوا محض القياس والمصلحة، وتعلقوا بخبر مسلم «والبكر تستأذن» وهو حجة عليهم.وتركوا ما في الصحيحين «لا تنكح الأيم حتى تستأذن» فنهي أن تنكح بدون استئذانها، وأمر بذلك، وأخبر أنه شرعه وحكمه، فاتفق على ذلك أمره ونهيه، وهو محض القياس والميزان؛ وقال: وهو قول جمهور السلف، ومذهب أبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين عنه، وهو القول الذي ندين الله به.." (١)

"والأخ، والعم(١) (صغيرة دون تسع) بحال(٢) بكرا كانت أو ثيبا(٣) (ولا) يزوج غير الأب، ووصيه في النكاح (صغيرا)(٤) إلا الحاكم لحاجة(٥) (ولا) يزوج غير الأب ووصيه فيه (كبيرة عاقلة) بكرا أو ثيبا(٦) (ولا بنت تسع) سنين كذلك (إلا بإذنهما)(٧).ـــــــــــــــ(١) وبنى الأخ، وبنى العم، وإن نزلوا.(٢) من الأحوال، يعنى من دون تسع سنين بإذن أو دونه، مع شهوة أو لا، أو غير ذلك من الأحوال، لأنها ليست من أهل الاستئمار بالإتفاق، فوجب المنع.(٣) لأن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه من عبد الله بن عمر، فرفع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال «إنها يتيمة، ولا تنكح إلا بإذنها» ولأنه لا إذن لها

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٢٢٨/١١

معتبر.(٤) كالجد، والأخ، والعم، وبنيهما، لأنهم ليسوا من أهل الإجبار.(٥) الوطء، أو الخدمة ونحوهما، زوجهما الحاكم، ومع عدمها ليس لها تزويجهما، وكذا المجنون، صرح به الموفق وغيره، واستظهره في الرعاية والفروع وصححه في تصحيحها، وألحق بعضهم الحاكم بجميع الأولياء غير الأب ووصيه، والصحيح من المذهب تخصيصه، ويصح قبول مميز لنكاحه بإذن وليه، خروجا من الخلاف.(٦) إلا بإذنها، عند جماهير العلماء.(٧) أي ولا يزوج - غير الأب ووصيه في النكاح - بنت تسع سنين، إلا بإذنها عند جماهير العلماء، ويزوج المجنونة مع شهوتها كل ولي، الأقرب فالأقرب، لحاجتها إلى النكاح وصيانتها، وغير ذلك، وتعرف شهوتها من كلامها، وتتبعها الرجال.." [١]

"التفصيل فيما يستحب أو يكره من آداب الأكل والشرب ... ٤١٩غض طرفه وتنفسه خارج الإناء ... ٤٢١مدح الطعام وأكله كثيرا ونفض يده وصفة الجلسة ... ٤٢٣باب عشرة النساء والقسم وما يتعلق بهما ... ٤٢٥المراد بالعشرة، ولزمها بالمعروف ... ٤٢٥ما يسن لكل منهما ويكره مع التوضيح ... ٤٢٦تسليم الحرة والأمة مع التفصيل لما يجوز أو يلزم ... ٤٢٧مباشرتها والسفر بها وما يحرم من وطئها ... ٤٣٠حكم العزل والإجبار على غسل حيض وغيره والخدمة بالمعروف ... ٤٣٢فصل: في أحكام المبيت والجماع ولزومها المنزل ... ٤٣٥التفصيل في أحكام المبيت ... ٤٣٥التفصيل في أحكام الوطء ... ٤٣٧حكم جمع زوجتيه في مسكن ... ٤٤٢التفصيل في أحكام خروجها من المنزل وإجارة نفسها ... ٤٤٢فصل في القسم: بين زوجاته ... ٤٤٦التفصيل في القسم بينهن وأن عماده الليل.. إلخ ... ٤٤٦ذكر من لا قسم لها ولا نفقة وغير ذلك ... ٤٤٩هبة قسمها لضرتها ورجوعها وحكم القسم للإماء ... ٤٥٠إقامته عند البكر سبعا والثيب ثلاثا ... ٤٥٢فصل في النشوز ... ٤٥٤تعريفه وبيان أماراته وكيفيته معالجته ... ٤٥٤كيفية ضربها وأن تركه أشرف ... ٤٥٥بعث الحكمين وشرطهما وتوكيلهما ... ٤٥٧باب الخلع ... ٤٥٩تعريفه ومن يصح منه البذل ... ٤٥٩التفصيل في أحكام الخلع ... ٤٦٠ذكر من يصح منه الخلع مع التحقيق ... ٤٦٤فصل: فيما يقع به الخلع ... ٤٦٥لفظ الخلع وأنه فسخ ولو نوى به الطلاق ... ٤٦٥كناياته وما لا يصح فيه ... ٤٦٧التفصيل فيما يصح من العوض وإن قل ... ٤٧٠فصل: في تعليق طلاقها أو خلعها بعوض أو تنجيزه به ... ٤٧٤تعليق طلاقها بعوض ... ٤٧٤مخالعتها بعوض وتنجيزه به ... ٤٧٦خلع زوجة الصغير، وغيرها مع التوضيح ... ٤٧٧لا يسقط الخلع غيره من الحقوق

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٢٣١/١١

... ٤٧٨الصفة المعلق عليها الطلاق لا تعود إذا أبانها ... ٤٧٩كتاب الطلاق ... ٢٨٤تعريفه لغة وشرعا مع التفصيل لأحكامه ... ٤٨٢." (١)

"والحمام والطاحون الصغيرين(١) والشجر المفرد(٢) (والأرض التي لا تتعدل بأجزاء ولا قيمة(٣) كبناء أو بئر) أو معدن (في بعضها) أي بعض الأرض(٤) (فهذه القسمة في حكم البيع) تجوز بتراضيهما(٥).__________(١) بحيث يقل الانتفاع بها، ويعتبر الضرر وعدمه، في كل عين على انفرادها.(٢) حيث أنه لا يمكن قسمة كل شجرة مفردة، وكذا كل عين مفردة، بل تعتبر كل واحدة منها على حدتها.(٣) أي لا تتعدل بجعلها أجزاء، ولا تتعدل بقيمة، وعلم منه: أنه لو أمكن قسمه بالأجزاء، مثل أن يكون البئر واسعة، يمكن أن يجعل نصفها لواحد، ونصفها للآخر، ويجعل بينهما حاجز في أعلاها، أو يكون البناء كبيرا، يمكن أن يجعل لكل منهما نصفه، أو أمكن قسمه بالتعديل، كأن يكون في إحدى جانبي الأرض بئر، يساوي مائة، وفي الآخر بئر يساوي مائة، فهو من قسمة الإجبار، لانتفاء الضرر.(٤) لا تمكن قسمتها إلا بضرر، أو ورد عوض، وإن كان ا لمعدن في كلها، وأمكن تعديله بلا ضرر، ولا رد عوض جاز.(٥) أي في حكم البيع، من رد بعيب، وخيار مجلس، وشرط ونحوه، تجوز تلك القسمة بتراضيهما، وقال الموفق وغيره: بيع فيما يقابل الرد، وإفراز في النصيبين، وتمييز الحقين، وليست بيعا، إن لم يكن فيها رد عوض، واختاره الشيخ تقي الدين.." (٢)

"ويجوز فيها ما يجوز في البيع خاصة(١) (ولا يجبر من امتنع) منهما (من قسمتها)(٢) لأنها معاوضة(٣) ولما فيها من الضرر(٤) ومن دعا شريكه فيها إلى بيع أجبر(٥) فإن أبى باعه الحاكم عليهما(٦) وقسم الثمن بينهما على قدر حصصهما(٧) وكذا لو طلب الإجارة ولو في وقف(٨).والضرر المانع من قسمة الإجبار نقص القيمة بالقسمة(٩) ومن بينهما دار لها علو وسفل، وطلب أحدهما جعل السفل لواحد والعلو لآخر، لم يجبر الممتنع(١٠)__________(١) أي: ويجوز في قسمة التراضي، ما يجوز في البيع خاصة، لأنها نوع من أنواعه.(٢) للخبر وغيره.(٣) فيشترط فيها الرضى منهما، كالبيع.(٤) وتقدم لا ضرر ولا ضرار، ولأنه إتلاف وسفه، يستحق به الحجر، أشبه هدم البناء.(٥) أي: ومن دعا شريكه في الدور الصغار ونحوها، مما تقدم إلى البيع أجبر، وكذا في شركة عبد أو بهيمة، أو سيف ونحوه، إلى البيع، أجبر الممتنع، ليتخلص الطالب من ضررر الشركة.(٦) أي: فإن أبى الممتنع البيع باعه الحاكم عليهما،

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٦٨/١٢

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٤٩٥/١٣

لأنه حق عليه، كما يبيع الرهن إذا امتنع الراهن.(٧) قال الشيخ: وهو مذهب أبي حنيفة، ومالك وأحمد.(٨) أي وكذا لو طلب شريكه، أن يؤجر معه، في قسمة التراضي، أجبر الممتنع فإن أصر أجره الحاكم عليهما، وقسم الأجرة بينهما، بحسب المالك أو الاستحقاق، وقد نص أحمد على بيع أشياء، تابعة للوقف، والاعتياض عنها.(٩) لأن نقص القيمة بها ضرر، وهو منتف شرعا، وسواء انتفعوا به مقسوما أو لا ولا يعتبر للضرر، كونهما لا ينتفعان به مقسوما.(١٠) قال في الإنصاف: بلا نزاع، وكذا لو طلب أحدهما قسمة السفل، دون العلو، أو بالعكس، أو قسمة كل واحد على حدة، أما لو طلب أحدهما قسمتهما معا، ولا ضرر وجب، وعدل بالقيمة، لا ذراع سفل بذراعي علو، ولا ذراع بذراع، ولا إجبار أيضا في قسمة المنافع، فإن اقتسماها في زمان أو مكان صح جائزا، واختار المجد لزومه، إن تعاقدا مدة معلومة.قال الشيخ: لا ينفسخ حتى ينقضي الدور، ويستوفي كل واحد حقه، ولو استفوى أحدهما حقه، ثم تلفت المنافع في مدة الآخر، قبل تمكنه من القبض، فقال: يرجع على الأول ببدل حصته، من تلك المدة، ما لم يكن رضي بمنفعة الزمن المتأخر على أي حال كان.." (١)

".النوع الثاني: قسمة إجبار(١) وقد ذكرها بقوله (وأما ما لا ضرر) في قسمته(٢) (ولا رد عوض في قسمته(٣)).ــــــــــــــــــ(١) سميت بذلك، لأن الحاكم يجبر الممتنع منهما، إذا كملت شروطه، قال الوزير: اتفقوا على جواز القسمة فيما لا ضرر فيه، اهـ ويشترط لحكمه بالإجبار ثلاثة شروط: أن يثبت عند الحاكم ملك الشركاء، وأن يثبت أن لا ضرر وأن يثبت إمكان تعديل السهام، في العين المقسومة، من غير شيء يجعل فيها.(٢) على أحد الشركاء.(٣) أي من واحد من الشركاء على الآخر.." (٢)

"ويقسم عن غير مكلف وليه(١) فإن امتنع أجبر(٢) ويقسم حاكم على غائب من الشريكين بطلب شريكه أو وليه(٣) ومن دعا شريكه في بستان، إلى قسم شجره فقط لم يجبر(٤) وإلى قسم أرضه أجبر، ودخل الشجر تبعا(٥).(وهذه القسمة) وهي قسمة الإجبار (إفراز) لحق أحد الشريكين من الآخر(٦) (لا بيع) لأنها تخالفه في الأحكام(٧).ــــــــــــــــــ(١) ولو كان وليه حاكما، كما يطلب الشريك الآخر، أو وليه.(٢) أي فإن امتنع ولي غير مكلف عن القسمة، أجبر إذا كملت الشروط، كما تقدم.(٣) لأنها حق عليه، فجاز الحكم عليه، كسائر الحقوق.(٤) أي دون أرضه، لم يجبر على قسم شجره، دون أرضه، لأن الشجر المغروس تابع لأرضه، غير مستقل بنفسه.(٥) للأرض ومن بينهما أرض في بعضها نخل،

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١٣/٤٩٦

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١٣/٤٩٧

وفي بعضها شجر غيره، أو يشرب سيحا، وبعضها بعلا، قدم من طلب قسمة كل عين على حدة إن أمكنت تسويته في جيده ورديئة، وإلا قسمت أعيانا بالقيمة، إن أمكن التعديل بالقيمة، وإن أبي أحدهما لم يجبر.(٦) يقال فرزت الشيء وأفرزته إذا عزلته، من الفرزة، وهي القطعة.(٧) والأسباب، فلم تكن بيعا، كسائر العقود ولو كانت بيعا لم تصح، إلا برضا الشركاء.." (١)

"فيصح قسم لحم هدي وأضاحي(١) وثمر يخرص خرصا(٢) وما يكال وزنا وعكسه(٣) وموقوف ولو على جهة(٤) ولا يحنث بها من حلف لا يبيع(٥) ومتى ظهر فيها غبن فاحش بطلت(٦).__________(١) مع أنه لا يصح بيع شيء منها، لكن لا يصح لحم مشوي بنيء ليحصل الربا المحرم.(٢) أي ويصح قسم ثمر يخرص، من تمر وزبيب، وعنب ورطب، خرصا.(٣) أي ويصح أن يقسم ما يكال، من ربوي وغيره، وزنا، وعكسه، وهو ما يوزن كيلا، وإن لم يقبض بالمجلس، وقال ابن القيم: يجوز قسم الدين في الذمم، ويختص كل بما قبضه، سواء كان في ذمة أو ذمم، وهو أولى من قسمة المنافع بالمهايأة، ولا يهدم ذلك قاعدة من قواعد الشريعة، ولا خالف نص كتاب ولا سنة، ولا قول صاحب، ولا قياس من شهد له الشرع باعتبار، وليس في أصول أحمد ما يمنع ذلك، كما ليس في أصول الشريعة ما يمنعها.(٤) قال في الفروع: وظاهر كلام الأصحاب، لا فرق بين جهة أو جهتين واستظهر وإنما تصح إذا كان بلا رد عوض، من أحد الجانبين، وما بعضه وقف بلا رد من رب الطلق.(٥) أي ولا يحنث بالقسمة، من حلف لا يبيع، وإن كان أحد قسميها في معنى البيع، لأن الإيمان مبناها على العرف، وهي لا تسمى بيعا عرفا، وإن كانت في معناه، وقيل يحنث إن قلنا هي بيع، وقال في القواعد: لا تسمى القسمة بيعا في العرف فلا يحنث بها، ولا بالحوالة والإقالة، وإن قيل هي بيوع.(٦) أي ومتى ظهر في قسمة **الإجبار**، غبن فاحش، بطلت، لتبين فساد الإفراز، بخلاف قسمة التراضي، فإذا حصل على أحد المقتسمين غبن، لم تبطل، وثبت له الخيار.." (٢)

"لحديث ابن عباس مرفوعا الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمرو إذنها صماتها رواه أبو داود فقسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما فدل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على أن الاستئمار هنا والاستئذان في الحديث السابق مستحب غير واجب ويسن استئذانها أي البكر إذا تم لها تسع سنين لما سبق مع استئذان أمها لحديث ابن عمر مرفوعا آمروا النساء

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١٣/٤٩٩

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١٣/٥٠٠

في بناتهن رواه أبو داود ويؤخذ بتعيين بنت تسع فأكثر ولو بكر كفؤا لا بتعيين أب نصا فان عينت غير كفؤ قدم تعيين الأب ويجبر أب مجنونة ولو كانت بلا شهوة أو كانت ثيبا أو بالغة لأن ولاية **الإجبار** انتفت عن العاقلة بخيرة نظرها لنفسها بخلاف المجنونة ويزوجها أي المجنونة مع شهوتها كل ولي لحاجتها إلى النكاح لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها إليهم ويجبر أب أبنا صغيرا أي غير بالغ لما روى أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصموا إلى زيد فأجازاه جميعا رواه الأثرم وله تزويجه أكثر من واحدة إن رآه مصلحة ويجبر أب ابنا بالغا مجنونا مطبقا ومعتوها ولو كان بلا شهوة لأنه غير مكلف أشبه الصغير فانه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره فعند حاجته أولى وبما كان النكاح دواء له يرجى به شفاؤه وقد يحتاج إلى الايواء والحفظ ويأتي أن للأب تزويج ابنه الصغير والمجنون بأكثر من مهر المثل كتزويج الصغيرة بدون مهر مثلها لمصلحة ويزوجهما أي الصغير والبالغ المجنون مع عدم أب لهما وصيه أي الأب في النكاح كما يعلم مما يأتي وقاله الخرقي وجزم به الزركشي قال في الفروع وهو أظهر لقيامه مقامه فان عدم وصى الأب وثم حاجة إلى نكاحهما فحاكم يزوجهما لأنه ينظر في مصالحهما بعد الأب ووصيه ومن يتحقق في بعض الاحيان إذا بلغ لا يصح تزويجه إلا بإذنه لأنه ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت ولاية تزويجه لغيره كالعاقل ومن زال عقله بغير سام أو مرض يرجى زواله فكالعاقل ويصح قبول صبي مميز لنكاحه بإذن وليه كتوليه البيع والشراء لنفسه بإذن وليه ولكل ولي من أب ووصيه

". (١)

"ولو فيهما أي النصيبين لأنه شريك لم يرض فان كانت القسمة بالتراضي فثم شريك يرضى وإن كانت **بالإجبار** فالثالث لم يحكم عليه بالقسمة وان ادعى كل من الشريكين شيئا من المقسوم انه من سهمه وأنكره الآخر تحالفا أي حلف كل منهما للآخر على نفي ما ادعاه ونقضت القسمة لأن المدعي لا يخرج عن ملكيهما ولا سبيل لدفعه لمستحقه منهما بدون نقض القسمة ومن كان من المقتسمين بنى أو غرس في نصيبه فخرج المقسوم مستحقا فقلع غرسه أو بناؤه رجع على شريكه بنصف قيمته في قسمة تراض فقط نحو أن كان بينهما داران سوية فتراضيا على أخذ كل منهما دارا منهما فخرجت إحداهما مستحقة فقلع مستحقها ما غرسه أو بناه فيها الشريك فيرجع على شريكه بنصف قيمة ذلك لأن هذه القسمة في معنى

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٦٣٥

البيع فحكمها حكمه بخلاف قسمة **الإجبار** فإنها افراز فاذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا وقلع غرسه أو بناؤه فلا رجوع له على شريكه بشيء لأنه لم يغره ولم ينتقل إليه من جهته ببيع وانما أفرز حقه من حقه ولمن خرج في نصيبه من الشركاء عيب جهله وقت القسمة إمساك نصيبه المعيب مع أخذ ارش العيب من شريكه كفسخ أي كما له فسخ القسمة كالمشتري لوجود النقص ولا يمنع دين على ميت نقل ملك تركته إلى ملك ورثته نصا فيمن أفلس ثم مات بخلاف ما يخرج من ثلثها أي التركة من معين موصى به لفقراء أو نحو مسجد فلا ينتقل الملك في الموصي به إلى ورثة الموصى وأما الموصى به لمعين كفلان ابن فلان فلا ينتقل إليه بقبوله بعد الموت وما بعد الموت وقبل القبول ملكه للورثة ونماؤه لهم كما تقدم في الوصايا وحيث علم أن الدين لا يمنع نقل التركة فظهوره أي الدين بعد قسمة التركة لا يبطلها أي القسمة لصدورها من المالك ويصح بيعها أي التركة قبل قضائه أي الدين أن قضى الدين وإلا نقض البيع وكذا هبتها ونحوها كالعبد الجاني فالنماء في التركة بعد الموت بغلاتها أو أثمار شجر أو نتاج ماشية ونحوه لوارث ولا يتعلق به حق الغرماء لأنه من نماء ملكه كنماء جان لا حق لولي الجناية فيه ويصح عتقه أي الرقيق من التركة مع دين على الميت ويغرم قيمته لرب الدين ولا ينقض العتق ولو أعسر الوارث أو كان معسرا كعتق

(١) ".

" زوجة حرة عاقلة ثيبة ثم لها تسع سنين ولها إذن صحيح معتبر نصا فيشترط مع ثيوبه ويسن مع بكارة نصا ، لكن لأب ووصية في نكاح تزويج صبي

صغير ، وتزويج بالغ معتوه وتزويج مجنونة سواء كانت بالغة أو لا وثيبا أو لا ، ولو

كانت بلا شهوة لأن ولاية **الإجبار** انتفت عن العاقلة بخيرة نظرها لنفسها بخلاف المجنونة ، وله تزويج ثيب لها من العمر دون تسع بإذنها وبدونه ، و له تزويج بكر مطلقا أي سواء كانت بالغة أو لا بإذنها أو لا ، وليس ذلك للجد كسيد مع إمائه و مع عبده الصغير أي كما يملك السيد ولو فاسقا إجبار أمته كبيرة كانت أو صغيرة بكرا أو ثيبا قنا أو مدبرة أو أم ولد ، وعبده الصغير ولو مجنونا لا الكبير العاقل كما تقدم آنفا ، وأما المجنونة فإنه يزوجها لحاجتها إلى النكاح كل ولي لدفع ضررالشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ، وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها إليهم . فلا يزوج باقي الأولياء صغيرة لها دون تسع سنين بحال من الأحوال سواء أذنت أو

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٥٥٤/٣

لا ؛ لأنه لا إذن لها وغير الأب ووصيه لا إجبار له ولا يزوج باقي الأولياء بنت تسع سنين فأكثر إلا بإذنها وهو أي الإذن صمات بكر أي سكوتهاوكذا ضحكها أو بكاؤها ، ونطقها أبلغ من صماتها لأنه الأصل ، واكتفى

---

(١) ".

" قال المجد : الذي تقرر عندي فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد وإفراز في الباقي . انتهى . فلا يفعلها الولي إلا إن رآها مصلحة ، وإلا فلا كبيع عقار موليه ومن دعا شريكه [فيها وفي شركة] نحو عبد وسيف وفرس وكتاب ونحوه إلى بيع أو دعاه إلى إجازة أجبر الممتنع على البيع معه فإن أبى أي امتنع شريكه بيع أي باعه حاكم عليهما أو أجر المشترك عليهما أي الشريكين وقسم ثمن أو قسمت أجرة بينهما نصا . قال الشيخ تقي الدين : وهي مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد . الثاني من نوعي القسمة [قسمة إجبار وهي مالا ضرر فيها] على أحد الشركاء ولا رد عوض من واحد على غيره سميت بذلك لإجبار الممتنع فيها إذا كملت شروطه كمكيل من جنس واحد كالحبوب كلها والمائعات وما يكال من الثمار كالتمر والزبيب ونحوهما ، أو من غيرها كالأشنان و ك موزون من جنس واحد كالذهب والفضة ونحوها من الجامدات سواء كان ذلك مما مسته النار كدبس وخل تمر أولا كدهن ولبن و ك دور كبار ودكاكين وأرض بساتين واسعة ولو لم تتساو أجزاؤها إذا أمكنت قسمتها بالتعديل بأن لا يجعل شيء معها . ويشترط لحكم الحاكم بالإجبار على القسمة ثلاثة شروط : ثبوت ملك الدعوى ، وثبوت أن لا ضرر فيها ، وثبوت إمكان التعديل للسهام في المقسوم بلا جعل شيء معها وإلا فلا إجبار فيجبر شريك أو وليه إن كان محجورا عليه عليها أي القسمة ويقسم حاكم على غائب من الشريكين أو وليه ، لأن قسمة الإجبار حق

---

(٢) ".

"وهي: استحقاق انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي بثمنه الذي استقر عليه العقد، فإن انتقل بغير عوض أو كان عوضه صداقا أو خلعا(١) أو صلحا عن دم عمد فلا شفعة، ويحرم التحيل لإسقاطها. وتثبت لشريك في أرض تجب قسمتها(٢)، ويتبعها الغراس والبناء، لا الثمرة والزرع، فلا شفعة

---

(١) كشف المخدرات- دار البشائر، ٢/٥٨٥

(٢) كشف المخدرات- دار البشائر، ٢/٨٣٤

لجار. وهي على الفور وقت علمه(٣)، فإن لم يطلبها إذا بلا عذر بطلت، وإن قال للمشتري: بعني(٤) أو صالحني(٥)، أو كذب العدل، أو طلب أخذ البعض سقطت(٦)______________(١) قوله: (صداقا أو خلعا) أي: إذا كان ذلك غير حيلة.(٢) قوله: (وتثبت لشريك في أرض تجب قسمتها)، وعنه تثبت فيما لا تجب قسمته واختاره الشيخ تقي الدين. قال الحارثي: وهي أحق.(٣) قوله: (وهي على الفور وقت علمه)، اختلف العلماء هل هي على الفور أو التراخي؟ على قولين، وعن الشافعي قول ثالث، أنه يتقدر بثلاثة أيام، فإن مضت ولم يطالب بها سقطت، وهذا أقرب لأن التراخي مضر بالمشتري، والقول بالفورية تفويت لحق الشفيع الثابت بلا دليل ثابت، والأيام الثلاثة لها نظائر في الشرع، والله أعلم.(٤) قوله: (وإن قال للمشتري بعني... سقطت)، وقال الحارثي: يقوى عندي عدم السقوط كقول أشهب صاحب مالك.(٥) قوله: (أو صالحني...) سقطت، اختار القاضي وابن عقيل أنها لا تسقط، لأن طلبه لبعضها طلب لجميعها.(٦) قوله: (أو طلب أخذ البعض سقطت)، وقال أبو يوسف: لا تسقط.قال في الاختيارات: وتثبت الشفعة في كل عقار يقبل قسمة **الإجبار** باتفاق الأئمة، وإن لم يقبلها فروايتان، الصواب الثبوت، وهو مذهب أبي حنيفة، واختيار ابن سريج من الشافعية، وأبي الوفاء من أصحابنا، وتثبت شفعة الجوار مع الشركة في حق من حقوق الملك من طريق أو ماء أو نحو ذلك ا. هـ.." [١]

"الثاني: رضاهما إلا البالغ المعتوه والمجنونة والصغيرة والبكر ولو مكلفة(*) لا الثيب، فإن الأب ووصيه في النكاح يزوجانهم بغير إذنهم، كالسيد مع إمائه(١) وعبده الصغير، ولا يزوج باقي الأولياء صغيرة دون تسع؛ ولا صغيرا ولا كبيرة عاقلة، ولا بنت تسع إلا بإذنهما، وهو صمات البكر ونطق الثيب.فصلالثالث: الولي، وشروطه: التكليف، والذكورية، والحرية، والرشد في العقد، واتفاق الدين سوى ما يذكر، والعدالة(٢)، فلا تزوج امرأة نفسها ولا غيرها.ويقدم أبو المرأة في إنكاحها، ثم وصيه فيه، ثم جدها لأب وإن علا، ثم ابنها، ثم بنوه وإن نزلوا، ثم أخوها لأبوين، ثم لأب، ثم بنوهما كذلك، ثم عمها لأبوين ثم لأب، ثم بنوهما كذلك، ثم أقرب عصبة بنسب كالإرث، ثم المولى المنعم، ثم أقرب عصبته نسبا، ثم ولاء، ثم السلطان.______________(١) قوله: "والبكر ولو مكلفة". قال في المقنع: وعنه لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين إلا بإذنها، وهل له تزويج الثيب الصغيرة؟ على وجهين. قال في الشرح= =الكبير: إذا بلغت الجارية تسع سنين فالمشهور عنه أنها كمن لم تبلغ تسعا، نص عليه في رواية الأثرم. وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وسائر الفقهاء. قال في الاختيارات: والجد كالأب في **الإجبار**، وهو رواية عن الإمام أحمد وليس

---

(١) كلمات السداد، ص/١٧٧

للأب إجبار بنت التسع بكرا كانت أو ثيبا، وهو رواية عن أحمد اختارها أبو بكر ا. هـ.وأما البكر البالغ، فقال أكثر أهل العلم: لا إجبار للأب عليها إذا امتنعت.(٢) قوله: (والعدالة) هذا المذهب، وعنه لا تشترط، وبه قال مالك وأبوحنيفة.." (١)

"إذا كان فيها رد عوض ، أو ضرر ينقص القيمة فهي بيع، يجب التراضي، وإلا فهي إجبار، يجبر الممتنع، وهي إفراز حق، ولهما القسم بأنفسهما، وبمن ينصبانه، أو يطلبانه من الحاكم، ويكون عدلا عارفا بها، ويعدل السهام، ثم يقرع، فمن خرج سهمه أخذه، وتلزم من الحاكم مطلقا، **والإجبار** بالقرعة، ويكفي قاسم، حيث لا تقويم، وإلا قاسمان .كتاب الشهاداتتحمل الشهادة وأداؤها فرض كفاية، وفرض عين إن تعين، وإنما تقبل من مسلم، متكلم، مكلف، مختار، عدل لم يباشر كبيرة، ولا لازم صغيرة، ذي مروءة، غير جار لنفسه نفعا، أو دافع عنها ضررا، لا عدو على عدوه، وﹻلا أصل وفرع، وسيد وعبد للمشهود له، وغير معروف بكثرة غلط ونسيان، ويرد العبد في حد وقصاص، ولا يسمع جرح وتعديل وترجمة إلا من عدلين، ويقدم الجرح،ويقبل على فعل نفسه، ومن الأصم على مرئي ومسموع قبل صممه، ومن الأعمى في مسموع إن تيقن الصوت ، ومستفيض ومرئي قبل العمى إن عرفه بما ميزه، ومن المستخفﹻي، الزنا: بأربعة، والمال وما يقصد به برجلين، ورجل وامرأتين، ورجل ويمين، وما يطلع عليه برجلين، وما لا يراه الرجال غالبا بامرأة، وإنما يشهد بعلمه برؤية في الأفعال أو سماع من المشهود عليه، أو باستفاضة، فيما يتعذر علمه غالبا إلا بها، كالنسب ونحوهﹻ، إلا في حد وقصاص، ومن تاب قبلت منه حينئذ.." (٢)

" | وإذا علم الموصى إليه أن على الميت دينا فقال أحمد : لا يقضيه إلا ببينة ، قيل له : فإن كان ابن الميت فصدقه ؟ قال : يكون في حصة من أقر بقدر حصته . ونقل أبو داود في رجل أوصى أن لفلان علي كذا ينبغي للوصي أن ينفذه ولا يحل له إلا أن ينفذه فهذه محمولة على أن الورثة يصدقون ، والأولى إذا لم يصدقوا جمعا بين الروايتين . فقيل له : فإن علم الموصي إليه أن لرجل حقا على الميت فجاء الغريم يطالب الوصي وقدمه إلى القاضي ليستحلفه أن مالي في يديك حق ، قال : لا يحلف ويعلم القاضي ، فإن أعطاه القاضي فهو أعلم ، فإن ادعى رجل دينا على الميت وأقام بينة فهل يجوز للوصي قضاء الدين من غير حضور حاكم ؟ فكلام أحمد يدل على روايتين . وقال أحمد : إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج فلا يأكل منه شيئا إنما أمر بتنفيذه وبه قال مالك والشافعي .

---

(١) كلمات السداد، ص/٢٠٣

(٢) متن التسهيل، ص/٩٤

(ومن هنا إلى آخر الباب من (الإنصاف) :) | لا نظر لحاكم مع وصي خاص إذا كان كفؤا . قال الشيخ فيمن أوصى إليه بإخراج حجة : إن ولاية إخراجها والتعيين للناظر إجماعا ، وإنما للولي العام الاعتراض لعدم أهليته أو فعله محرما . قوله وإن دعت الحاجة إلى بيع بعض العقار لقضاء دين الميت أو حاجة الصغار وفي بيع [بعضه] نقص فله البيع على الصغار والكبار إذا امتنعوا أو غابوا قال في الفائق : والمنصوص الإجبار على بيع غير قابل للقسمة إذا حصل ببيع بعضه نقص ولو كان الكل كبارا وامتنع البعض نص عليه واختاره شيخنا لتعلق الحق بنصف القيمة للشريك لا بقيمة النصف .

---

(١) ".

" نكاحه ، قال ابن عبد البر : هو حديث مجمع على صحته ولا نعلم مخالفا له إلا الحسن ، فأما الثيب الصغيرة فقيل : لا يجوز ، وهو مذهب الشافعي للعموم ، وقيل يجوز وهو قول مالك . ولا نعلم خلافا أن السيد إذا زوج أمته بغير إذنها أنه يصح ثيبا كانت أو بكرا صغيرة أو كبيرة . وله تزويج عبده الصغير بغير إذنه في قول أكثر أهل العلم ، ولا يملك إجبار عبده الكبير إذا كان عاقلا ، وقال مالك : له ذلك لقوله تعالى : ! ٢ (٢) ٢ ! الآية . ولنا أن الأمر بإنكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الأيامى . ويجوز أن يتزوج لعبده بإذنه ، وأن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه ، ويجوز أن يأذن له مطلقا ومعينا ، وله أن يعين له المهر ، وله أن يطلق . وليس لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها إلا المجنونة إذا ظهر لهم ميلها إلى الرجل . وقال الشافعي : الجد كالأب في الإجبار . وليس لهم تزويج صغيرة بحال ، وعنه لهم ذلك ولها الخيار إذا بلغت لقوله تعالى : ! ٢ (٣) ٢ ! الآية ، مفهومه أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة ، وعنه لهم تزويجها إذا بلغت تسع سنين لقوله : ' تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكتت فهو إذنها ، فإن أبت فلا جواز عليها ' رواه أبو داود ، وقد انتفى الإذن فيمن لم تبلغ تسع سنين فوجب حمله على من بلغتها . ويستحب للأب استئذان البكر للأمر به . ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقوله : ' آمروا النساء في بناتهن ' . ولا نعلم خلافا في أن إذن الثيب الكلام للخبر ، وأما البكر فإذنها صماتها في قول عامة أهل العلم ، وقال أصحاب

---

(١) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، ص/٦٣٦

(٢) وأنكحوا الأيامى منكم

(٣) وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى

" (١)

" ٢ (باب القسمة) | الأصل فيها قوله تعالى : ! ٢ (٢) ٢ ! وقوله : ! ٢ (٣) ٢ ! الآية . | هي نوعان : | (قسمة تراض) وهي ما فيه ضرر أورد عوض من أحدهما كالدور الصغار التي لا يمكن قسمها لا يجوز فيها إلا ما يجوز في البيع . وهل يلزم القرعة إذا قسمها حاكم أو رضوا بقاسم ؟ فيه وجهان : أحدهما يلزم ، والثاني : لا يلزم إلا بالتراضي . وإن تراضيا بغير قرعة جاز ذلك . وكذلك لو خير أحدهما صاحبه فاختار ، ويلزم ههنا بالتفرق . والتراضي والضرر المانع نقص القيمة ، وعنه ما لا يمكن أحدهما الانتفاع بنصيبه مفردا فيما كان ينتفع به مع الشركة ، والأول ظاهر كلام الشافعي لأن النقص ضرر وهو منفي شرعا . وقال مالك : يجبر الممتنع ولو استضر . | الثاني : (قسمة الإجبار) وهي ما لا ضرر فيه ولا رد عوض ، وهذه إفراز حق لا بيع . وإن كان في السمة تقويم لم يجز أقل من قاسمين وإلا أجزأ واحد .

" (٤)

" الشيخ في حق الله تعالى . ويجوز فيما ثبت عنده الحكم به في المسافة البعيدة فقط وعنه فوق يوم وعند الشيخ وأقل من يوم كخبره . وقال كتابه في غير عمله أو بعد عزله كخبره على ما تقدم . وإذا عرف المكتوب إليه خطه وختمه جاز قبوله . وعند الشيخ من عرف خطه بإنشاء أو إقرار أو عقد أو شهادة عمل به كميت فإن حضر وأنكر فكاعترافه بالصوت وإنكاره مضمونه . | وقال : تنازع الفقهاء في كتاب الحاكم هل يحتاج إلى شاهدين أم واحد أو يكتفى بالكتاب المختوم أم يقبل الكتاب بلا ختم ولا شاهد على أربعة أقوال معروفة في مذهب أحمد وغيره . وقال : الخط كاللفظ إذا عرف أنه خطه . وقال : إنه مذهب الجمهور وهو يعرف أن هذا خطه كما يعرف أن هذا صوته مع إمكان الاشتباه . وجوز الجمهور الشهادة على الصوت قال في الغنى : المحضر شرح ثبوت الحق عنده لا الحكم وقيل : ما ضمن الحاكم ببينة سجل وما سواه محضر . | ومن دعا شريكه إلى البيع في قسمة التراضي أجبر فإن أبى بيع عليهما

(١) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، ص/٦٤٦

(٢) أن الماء قسمة بينهم

(٣) وإذا حضر القسمة أولوا القربى

(٤) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، ص/٧٦٢

وكذا حكم الإجارة ولو في وقف ذكره الشيخ في الوقف . وإن تراضيا على قسمة المنافع بالمهايآت جاز فإن رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته فله ذلك وبعدها يغرم ما انفرد به قال الشيخ : لا تنفسخ حتى تنقض الدور ويستوفي كل واحد حقه ولو انتقلت كانتقال وقف فإن كان إلى مدة لزمت الورثة والمشتري قاله الشيخ . | وقسم **الإجبار** يقسمه الحاكم إن ثبت ملكهما عنده اختاره الشيخ كبيع مرهون وعبد جان وقال : كلام أحمد في بيع ما لا يقسم وقسم ثمنه عام فيما ثبت أنه ملكهما وفيما لم يثبت كجميع الأموال التي تباع . قال : ومثله لو جاءته

". (١)

"خيار المجلس (في الشركة فيه) أي فيما إذا أشركه في ملكه بالنصف ونحوه بقسطه من ثمنه المعلوم كما يأتي لأنها صورة من صور البيع بتخيير الثمن

(و) يثبت خيار المجلس (في الصلح على مال) عن دين أو عين أقر بهما

لأنه بيع كما يأتي في بابه

(و) يثبت خيار المجلس في (الإجارة على عين) كدار وحيوان (ولو كانت مدتها تلي العقد) بأن أجره الدار مثلا شهرا من الآن

(أو) كانت الإجارة على (نفع في الذمة) بأن استأجره لخياطة ثوب أو بناء حائط ونحوه لأن الإجارة نوع من البيع (و) يثبت خيار المجلس (في الهبة إذا شرط فيها) الواهب (عوضا معلوما) لأنها حينئذ بيع

وكون البيع وما بمعناه مما ذكر يثبت فيه خيار المجلس (بمعنى أنه يقع جائزا سواء كان فيه) أي في البيع بصوره المذكورة (خيار شرط أم لا) فكل من العاقدين له إمضاء البيع وفسخه (غير كتابة) فلا خيار فيها

لأنها وسيلة للعتق

(و) غير (تولي طرفي عقد بيع و) تولي (طرفي عقد هبة بعوض) أو تولي طرفي صلح بمعنى بيع وسائر صور البيع السابقة إذا تولى طرفيها واحد لا خيار فيها

لانفراد العاقد بالعقد كالشفيع

---

(١) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، ص/٧٨٠

(وغير قسمة إجبار) فلا خيار فيها (لأنها إفراز حق لا بيع) وخرج بقسمة الإجبار قسمة التراضي فيثبت فيها خيار المجلس

كما في المنتهى وغيره

ويأتي في القسمة التنبيه على ما فيه (وغير شراء من يعتق عليه) لقرابة أو تعليق كما لو باشر عتقه (قال المنقح أو يعترف بحريته قبل الشراء) بأن أقر بأنه حر أو شهد بذلك فردت شهادته ثم اشتراه

لم يثبت له خيار المجلس لأنه صار حرا باعترافه السابق

وشراؤه له افتداء كشراء الأسير

وليس شراء حقيقة

(ويثبت) خيار المجلس (فيما) أي في عقد بيع ما (قبضه شرط لصحته) أي صحة عقده (كصرف وسلم وبيع مال الربا بجنسه) يعني بيع مكيل وموزون بموزون ولو من غير جنسه

فالمراد بجنسه المجانس له في الكيل أو الوزن فقط

(ولا يثبت) خيار المجلس (في بقية العقود والفسوخ كالمساقاة والمزارعة والحوالة والإقالة والأخذ بالشفعة والجعالة والشركة والوكالة والمضاربة والعارية) والمسابقة (والهبة بغير عوض والوديعة والوصية قبل الموت) لأنه لا أثر لرد الموصى له

ولا لقبوله قبله كما يأتي

(ولا في النكاح والوقف والخلع والإبراء والعتق على مال والرهن والضمان والكفالة) والصلح عن نحو دم عمد لأن ذلك كله

". (١)

"(أو رهن أو تزويج بغير إذن) منهم إن كانوا أهلا له (كان) التصرف (باطلا) لأنه تصرف في حر بغير إذنه

ولا ولاية عليه (وإن كانوا) أي العتقاء (قد تصرفوا) ببيع أو هبة ونحوها (فحكم تصرفهم حكم تصرف) سائر (الأحرار) لأنهم من جملتهم (فإن لم يظهر له) أي لمعتق الستة المتساوين في القيمة (مال غيرهم) ولم يكن عليه دين (جزأناهم ثلاثة أجزاء كل اثنين جزء ثم أقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي

---

(١) كشاف القناع، ١٩٩/٣

رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق الباقون) لحديث عمران بن حصين أن رجلا من الأنصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم فأعتق اثنين وأرق أربعة رواه مسلم وأبو داود وسائر أصحاب السنن

ورواه الإمام أحمد بإسناده عن أبي زيد الأنصاري الصحابي

وروي نحو أبي هريرة مرفوعا ولأن العتق حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة **الإجبار** إذا طلبها أحد الشركاء والوصية لا ضرر في تفريقها بخلاف مسألتنا وإن سلمنا مخالفته لقياس الأصول فرسول الله صلى الله عليه وسلم واجب الاتباع سواء وافق نصه القياس أو لا

هذا إن تساووا في القيمة فإن اختلفت كستة قيمة اثنين ثلثمائة واثنين مائتان واثنين مائة مائة جعلت الاثنين اللذين قيمتهما أربعمائة جزء وكل واحد من اللذين قيمتهما مائة مع واحد من الأولين جزء

وقس على ذلك

هذا إن أعتقهم واحدا بعد آخر فقد تقدم أنه يبدأ بالأول فالأول خلافا للمبدع هنا (فإن كانوا) أي العبيد الذين أعتقهم في مرض موته المخوف دفعة واحدة (ثمانية) وقيمتهم سواء ولم يخرجوا من ثلثه ولم يجز الورثة عتقهم (فإن شاء أقرع بينهم بسهمي حرية وخمسة) أسهم (رق وسهم لمن ثلثاه حر) لأن الغرض خروج الثلث بالقرعة

فكيف اتفق حصل ذلك الغرض (وإن شاء جزأهم أربعة أجزاء وأقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ثم أعاد القرعة بين الستة لإخراج من ثلثاه حر) ليظهر المعتق من غيره (وكيف أقرع جاز) بأن يجعل ثلاثة جزء واثنين جزء فإن خرجت القرعة على الاثنين عتقا ويكمل الثلث بالقرعة من الباقين وإن خرجت لثلاثة أقرع بينهم بسهمي حرية وسهم رق لمن ثلثاه حر وإن كان جميع ماله وأعتقهما أقرعنا بينهما بسهم حرية وسهم رق على كل حال (وإن أعتق في مرضه) المخوف (عبدين لا يملك غيرهما قيمة أحدهما مائتان و) قيمة (الآخر ثلاثمائة جمعت قيمتهما وهي خمسمائة فجعلتها الثلث) إن لم

". (١)

---

(١) كشاف القناع، ٤/٥٣٠

"إلى زيد فأجازه جميعا وكأبي الصغيرة والمجنونة وحيث زوج الأب ابنه لصغره وجنونه فإنه يزوجه (بغير أمة) لئلا يسترق ولده (ولا معيبة عيبا يرد به النكاح) كرتقاء وجذماء لما فيه من التنفير

ويزوج الأب ابنه الصغير والمجنون (بمهر المثل وغيره ولو كرها) لأن للأب تزويج ابنته البكر بدون صداق مثلها وهذا مثله

فإنه قد يرى المصلحة في ذلك

فجاز له بذل المال فيه كمداواته بل هذا أولى

فإن الغالب أن المرأة لا ترضى أن تتزوج المجنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها فيتعذر الوصول إلى النكاح بدون ذلك

(وليس لهم) أي للبنين الصغار والمجانين إن زوجهم الأب (خيار إذا بلغوا) وعقلوا كما لو باع ما لهم ونحوه

(و) للأب (تزويج بناته الأبكار ولو بعد البلوغ) لحديث ابن عباس مرفوعا الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها صمتها رواه أبو أداود

فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر

فيكون ولها أحق منها بها

ودل الحديث على أن الاستئمار هنا والاستئذان في حديثهم مستحب غير واجب (و) للأب أيضا تزويج (ثيب لها) دون (تسع سنين) لأنه لا إذن لها (بغير إذنهم) أي البنين الصغار والمجانين والبنت البكر والثيب التي لها دون تسع سنين لما تقدم

(وليس ذلك) أي تزويج من ذكر (للجد) لعموم الأحاديث ولأنه قاصر عن الأب فلم يملك **الإجبار** كالعم

(ويسن استئذان بكر بالغة هي وأمها) أما هي فلما تقدم

وأما استئذان أمها فلحديث ابن عمر مرفوعا آمروا النساء في بناتهن رواه أبو داود

ويكون استئذان الولي لها

(بنفسه أو بنسوة ثقات ينظرن ما في نفسها) لأنها قد تستحي منه

(وأمها بذلك أولى) لأنها تظهر على أمها ما تخفيه على غيرها

(وإذا زوج) الأب (ابنه الصغير ف) إنه يزوجه (بامرأة واحدة) لحصول الغرض بها (و) له تزويجه (بأكثر) من واحدة (إن رأى فيه مصلحة) نقله في الإنصاف عن ابن رزين وغيره لكن ضعفه في تصحيح الفروع

قال وهذا ضعيف جدا

وليس في ذلك مصلحة بل مفسدة وصوب أنه لا يزوجه أكثر من واحدة

وقال هو مراد من أطلق

وأما الوصي فلا يزوجه أكثر لأنه تزويج لحاجة والكفاية تحصل بذلك إلا أن تكون غائبة أو صغيرة طفلة وبه حاجة

فيجوز أن يزوجه ثانية

قال القاضي في المجرد في الوصايا انتهى

وعلى نحو ذلك يحمل كلام ابن رزين

". (١)

"وهو بعيد وقال عن عدم **الإجبار** إنه الصحيح المقطوع به عند الشيخين وغيرهما

قال في الإنصاف وهو كما قال في الكبيرة يعني إذا كانت العتيقة كبيرة لا إجبار بخلاف الصغيرة التي لم يتم لها تسع سنين ولذلك اقتصر على التمثيل بها في شرح المنتهى

(ويزوج معتقتها) أي عتيقة المرأة (عصبة المعتقة) بفتح التاء بضبط المصنف (من النسب) كأبيها وابنها وأخيها ونحوهم لأن عصبة النسب مقدمة على عصبة الولاء

(فإن عدم) عصبتها من النسب (فأقرب ولي لسيدتها المعتقة) يزوج العتيقة (بإذنها) أي العتيقة لأنهم عصبات يرثون ويعقلون فكذلك يزوجون

وظاهر كلامه هنا **الإجبار** وصرح به الشارح

قال وليس له ولاية إجبار لأنه أبعد العصبات وتقدم ما فيه

(فإن اجتمع ابن المعتقة وأبوها فالابن) أ (ولى) بتزويج عتيقة أمه لأنه أقرب والأب إنما قدم في نكاح ابنته لزيادة شفقته

---

(١) كشاف القناع، ٥/٤٣

(ولا إذن) يعتبر (لسيدتها) أي المعتقة في تزويجها لأنه لا ولاية لها ولا ملك

(وأحق الناس) الذين لهم ولاية النكاح (بنكاح المرأة الحرة أبوها) لأن الولد موهوب لأبيه

قال تعالى ﴿ ووهبنا له يحيى ﴾

وقال إبراهيم ﴿ الحمد لله الذي وهب لي على الكبر إسماعيل وإسحاق ﴾ وقال صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك

وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس

ولأن الأب أكمل شفقة أتم نظرا بخلاف الميراث بدليل أنه يجوز أن يشتري لها من ماله وله من مالها

(ثم أبوه وإن علا) لأن الجد له إيلاد وتعصيب

أشبه الأب

(وأولى الأجداد أقربهم) كالميراث (ثم ابنها ثم ابنه وإن سفل) بتثليث الفاء لما تقدم في الميراث

وللابن ولاية نص عليه في رواية جماعة

لحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل إليها فقالت ليس أحد من أوليائي شاهدا

فقال النبي صلى الله عليه وسلم ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك رواه أحمد والنسائي

فدل على أن لها وليا شاهدا أي حاضرا

ويحتمل أنها ظنت أن ابنها عمر لا ولاية له لصغره فإنه صلى الله عليه وسلم تزوجها سنة أربع وقال ابن الأثير كان عمره حين وفاته صلى الله عليه وسلم تسع سنين

وأنه ولد سنة اثنين من الهجرة وعلى هذا يكون عمره حين التزويج سنتين انتهى

وقال الأثرم قلت لأبي عبد الله فحديث عمر بن أبي سلمة حين زوج

." (١)

"مسلم يزوج أمته الكافرة لما تقدم

(أو ولي سيدتها) أي سيد الأمة الكافرة على ما تقدم تفصيله لأنها مال فأشبه نكاحها إجارتها (أو يكون المسلم سلطانا فله تزويج ذمية لا ولي لها) لعموم قوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا

---

(١) كشاف القناع، ٥/٥٠

ولي لها (وإذا زوج الأبعد من غير عذر للأقرب) لم يصح النكاح ولو أجازه الأقرب لأن الأبعد لا ولاية له مع الأقرب أشبه ما لو زوجها أجنبي (أو زوج أجنبي) ولو حاكما مع وجود ولي (لم يصح) النكاح (ولو أجازه الولي) لفقد شرطه وهو الولي (ولو تزوج الأجنبي لغيره بغير إذنه أو زوج الولي موليته التي يعتبر إذنها) كأخته (بغير إذنها) لم يصح (أو تزوج العبد بغير إذن سيده لم يصح ولو أجازه) بعد العقد لقوله صلى الله عليه وسلم إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فهو عاهر وفي لفظ فنكاحه باطل ولأنه نكاح لم تثبت أحكامه من الطلاق والخلع والتوارث فلم ينعقد كنكاح المعتدة

(وهو نكاح الفضولي فإن وطىء) الزوج فيه (فلا حد) عليه لأنه نكاح مختلف فيه والحدود تدرأ بالشبهات

فصل (ووكيل كل واحد من هؤلاء الأولياء) مجبرا كان أو غيره (يقوم مقامه وإن كان) الولي (حاضرا) لأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع وقياسا على توكيل الزوج لأنه روي أنه صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويجه أم حبيبة

(والولي ليس بوكيل للمرأة) لأنه لم تثبت ولايته من جهتها

(ولو كان) الولي (وكيلا) عنها (لتمكنت من عزله) كسائر الوكلاء وإنما إذنها حيث اعتبر شرط لصحة تصرفه أشبه ولاية الحاكم عليها وحيث تقرر أنه ليس وكيلا عنها

(فله توكيل) من يوجب نكاحها (بغير إذنها وقبل إذنها له) أي وليها في تزويجها وإن لم تكن مجبرة (ولا يفتقر) توكيله (إلى حضور شاهدين) لأنه إذن من الولي في التزويج فلا يفتقر إلى إذن المرأة ولا الإشهاد عليه كإذن الحاكم

(ويثبت له) أي للوكيل (ما يثبت لموكل حتى في **الإجبار**) لأنه نائبه

وكذا الحكم في السلطان والحاكم

". (١)

"نفسه ولو قلنا ليس لهم أن يشتروا من المال

ذكره القاضي في خلافه وألحق الوصي بذلك

---

(١) كشاف القناع، ٥/٥٦

قال في القواعد الفقهية والأصولية وفيه نظر فإن الوصي يشبه الوكيل لتصرفه بالإذن قال وسواء في ذلك اليتيمة وغيرها صرح به القاضي في ذلك

وذلك حيث يكون لها إذن معتبر

(ويجوز) للوكيل المطلق وللولي إذا أذنت له أن يزوجها وأطلقت أن يزوجها (لولده) ووالده وأخيه ونحوهم إذا كان كفؤا لتناول اللفظ لهم

وهذا بخلاف الوكيل في البيع ونحوه فإنه لا يبيع لمن ترد شهادته له لأنه متهم لأن الثمن ركن في البيع بخلاف الصداق

(و) يصح توكيله (مقيدا كزوج فلانا بعينه) فلا يزوج من غيره لقصور ولايته

(ويشترط) لصحة النكاح (قول ولي) لوكيلي زوج (أو قول وكيله) أي الولي (لوكيل زوج زوجت فلان) بنت فلانة وينسبها (فلانا) ابن فلان وينسبه ولم ينسبه على ذلك هنا للعلم به مما سبق من اشتراط تعيين الزوجين

(أو) قوله (زوجت موكلك فلانا) ابن فلان (فلانة) بنت فلان (ولا يقول) الولي ولا وكيله لوكيل الزوج (زوجتها منك) ولا أنكحتكها (و) يشترط أن (يقول وكيل زوج قبلته لفلان) ابن فلان وينسبه (أو) قبلته (لموكلي فلان) ابن فلان فإن لم يقل كذلك لم يصح بخلاف البيع ونحوه

(ووصى كل واحد من الأولياء في النكاح بمنزلته) لقيامه مقامه (فتستفاد ولاية النكاح بالوصية إذا نص له على التزويج مجبرا كان الولي كأب أو غير مجبر كأخ) لغير أم وكذا عم وابنه لأنها ولاية ثابتة للولي فجازت وصيته بها كولاية المال ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته ويكون نائبه قائما مقامه فجاز أن يستنيب فيها بعد موته (قال ابن عقيل صفة الإيصاء أن يقول الأب لمن اختاره أوصيت إليك بنكاح بناتي أو جعلتك وصيا في نكاح بناتي كما يقول في المال وصيت إليك بالنظر في أموال أولادي فيقوم الوصي مقامه) أي مقام الموصي (مقدما) الوصي (على من يقدم عليه الموصي فإن كان الولي له الإجبار) كأبي البكر (فذلك) الإجبار (لوصيه فيجبر) وصي الأب (من يجبره) الأب (من ذكر وأنثى) لقيامه مقام الأب (وإن كان) الولي ليس مجبرا كأبي ثيب ثم لها تسع سنين وأخيها وعمها ونحوه ممن (يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك) يحتاج إلى إذنها كوكيله (ولا خيار لمن زوجه) الوصي ذكرا كان أو أنثى (إذا بلغ) لأن الوصي قام مقام الموصى فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل

(وأما الوصي في المال فيملك تزويج أمة

(١) ".

"نصفه أو أمكن القسم بالتعديل كأن يكون في أحد جانبي الأرض بئر يساوي مائة وفي الجانب الآخر منها بئر يساوي مائة فهو من قسمة **الإجبار** لانتفاء الضرر (فلو) كان لهما دار لها علو وسفل و (قال أحدهما أنا آخذ الأدنى ويبقى لي في الأعلى تتمة حصتي فلا إجبار) للشريك الممتنع منهما على ذلك لأنها بيع ولا إجبار فيه كما سبق (ومن دعا شريكه فيها) أي في الدور الصغار ونحوها مما تقدم إلى البيع أجبر (أو) دعا شريكه (في شركة عبد أو بهيمة أو سيف ونحوه) ككتاب (إلى البيع أجبر) إن امتنع عن البيع ليتخلص الطالب من ضرر الشركة (فإن أبى) الممتنع البيع (بيع) أي باعه الحاكم (عليهما) لأنه حق عليه كما بيع الرهن إذا امتنع الراهن (وقسم الثمن) بينهما بحسب الملك لأنه عوضه (نصا قال الشيخ وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد) رحمهم الله (وكذا لو طلب) أحدهما (الإجارة ولو في وقف) فيجبر الممتنع فإن أصر أجره الحاكم عليهما وقسم الأجرة بينهما بحسب الملك أو الاستحقاق (والضرر المانع من قسمة **الإجبار** نقص قيمة المقسوم بها) لأن نقص قيمته ضرر وهو منتف شرعا وسواء انتفعوا به مقسوما أو لا ولا يعتبر الضرر (بكونهما لا ينتفعان به مقسوما) خلافا لظاهر الخرقي واختاره الموفق وذكر في الكافي أنه القياس وهو رواية (وتقدم بعض ذلك في الشفعة فإن تضرر بها) أي القسمة (أحد الشريكين وحده كرب الثلث مع رب الثلثين فطلب أحدهما القسمة لم يجبر الممتنع) ولو كان الطالب هو المتضرر لأن فيه إضاعة مال ولأنها قسمة يضر بها صاحبه فلا يجبر عليها كما لو استضرا معا (وما تلاصق من دور وعضائد ونحوها) كأقرحة وهي الأرض التي لا ماء بها ولا شجر كمتفرق (يعتبر الضرر في عين وحدها) لما تقدم (ومن كان بينهما أو عين بهائم أو ثياب) أ (و نحوها) كأواني فإن كانت (من جنس واحد) وفي المغني من نوع (فطلب أحدهما قسمها أعيانا وأمكن أن تعدل (بالقيمة أجبر الممتنع إن تساوت القيمة) لحديث عمران بن حصين أن رجلا أعتق في مرضه ستة أعبد وأن النبي صلى الله عليه وسلم جزأهم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة وهذه قسمة لهم ولأن ذلك عين أمكن قسمتها ولا ضرر ولا رد عوض فأجبر الممتنع كما لو كانت أرضا (وإلا) أي وإن لم تتساو القيمة (فلا) إجبار (كاختلاف أجناس) بأن كان بعض البهائم ضأنا وبعضها بقرا (والأجر) وهو اللبن المشوي (واللبن) بكسر الموحدة تحت وهو غير المشوي (المتساوي القوالب

---

(١) كشاف القناع، ٥/٥٨

". (١)

"من قسمة الأجزاء) للتساوي في القدر (والمتفاوت) القوالب (من قسمة التعديل) بالقيمة (فإن كان بينهما حائط أو عرصة حائط وهي موضعه بعد استهدامه) أي الحائط (فطلب أحدهما قسمته) أي الحائط أو عرصته (ولو طولا في كمال العرض) لم يجبر ممتنع (أو) طلب قسمة (العرصة عرضا ولو وسعت حائطين لم يجبر ممتنع) قال في شرح المحرر لأنه إن كان الحائط مبنيا لم تمكن قسمته عرضا في تمام طوله بدون نقضه لينفصل أحدهما من الآخر وذلك لا يجوز **الإجبار** عليه ولا طولا في تمام العرض لأن كل قطعة من الحائط ينتفع بها على حدتها والنفع فيها مختلف فلا يجوز إجبار واحد منهما على ترك انتفاعه بمكان منه واحد كما لو كانا دارين أو عضادتين متلاصقتين وهذا بخلاف الأرض الواسعة فإن الانتفاع بالجميع منها على وجه واحد وإن كان الحائط غير مبني فهو كالعرصة الضيقة والعرصة الضيقة لا يجوز **الإجبار** في قسمتها فكذلك هذه

(وإن كان بينهما دار لها علو وسفل فطلب أحدهما قسمها لأحدهما العلو وللآخر السفل) فلا إجبار (أو طلب) أحدهما (قسمة السفل دون العلو أو عكسه) بأن طلب قسمة العلو دون السفل فلا إجبار لأن كل واحد منهما مسكن منفرد ولأن في إحدى الصور قد يحصل لواحد منهما علو سفل الآخر فيتضرر كل منهما وفي أحدهما لا يحصل التمييز (أو) طلب أحدهما (قسمة كل واحد) من العلو والسفل (على حدة فلا إجبار) لما فيه من الضرر (ولو طلب أحدهما قسمتهما) أي العلو والسفل (معا ولا ضرر) ولا رد عوض (وجب) وأجبر الممتنع (وعدل بالقيمة) لأنه أحوط و (لا) يحصل (ذراع سفل بذراع علو) ولا عكسه (ولا ذراع بذراع) إلا أن يتراضيا على ذلك (وإن تراضيا) أي الشريكان (على قسم المنافع كدار منفعتها لهما مثل دار وقف عليهما أو مستأجرة) لهما أو لمورثهما (أو ملك لهما فاقتسماها مهايأة بزمان بأن تجعل الدار في يد أحدهما شهرا أو عاما ونحوه) بحسب ما يتراضيان عليه (وفي يد الآخر مثلها) أي مثل تلك المدة التي كانت فيها بيد الأول (أو) اقتسماها مهايأة (بمكان كسكنى هذا في بيت و) سكنى (الآخر في بيت ونحوه جاز لأن المنافع كالأعيان) والحق لهما فيها فجاز ما تراضيا عليه (فإن اتفقا على المهايأة وطلب أحدهما تطويل الدور الذي يأخذ فيه نصيبه

---

(١) كشاف القناع، ٣٧٢/٦

وطلب) الشريك (الآخر تقصيره وجبت إجابة من طلب التقصير لأنه أقرب إلى الاستيفاء فإذا تهايآ) عبدا أو نحوه (اختص كل واحد) من الشريكين

". (١)

"لأن ذلك طريق إلى التسوية بينهما فجاز قسم الأرض بالتعديل (وإن أراد أحدهما أن يسقى بنصيبه أرضا لا شرب) بكسر الشين وهو النصيب من الماء (لها من هذا الماء لم يمنع) لأن الحق له وهو ينصرف على حسب اختياره وكما لو لم يكن شريكا (وتقدم في باب إحياء الموات) ويجيء على أصلنا أن الماء لا يملك وينتفع به كل واحد منهما على قدر حاجته قال أبو الخطاب لأنه من المباحات ولا يملك بملك الأرض

فصل (النوع الثاني) من نوعي القسمة إجبار لأنه يلي النوع الأول وهو قسمة التراضي (وهي) أي قسمة الإجبار (ما لا ضرر فيها عليهما) أي الشريكين (ولا على أحدهما ولا رد عوض كأرض واسعة وقرية وبستان ودار كبيرة ودكان واسع ونحوها سواء كانت متساوية الأجزاء أو لا إذا أمكن قسمتها بتعديل السهام من غير شيء يجعل معها فإن لم يكن ذاك) أي تعديل السهام (إلا بجعل شيء معها فلا إجبار) لأنه معاوضة فلا يجبر عليها من امتنع منها كسائر المعاوضات (ولهما) أي الشريكين (قسم أرض بستان دون شجره وعكسه) بأن يقتسما الشجر دون الأرض (و) قسم (الجميع فإن قسما الجميع) أي الأرض والشجر (أو) قسما (الأرض) وحدها (فقسمة إجبار) حيث أمكنت قسمتها بالتعديل من غير رد عوض (ويدخل الشجر تبعا) للأرض كالبيع (وإن قسما) أي طلب أحدهما (الشجر وحده فلا إجبار) لمن امتنع منهما (ومن قسمة الإجبار قسمة مكيل وموزون من جنس واحد كدهن) من زيت وشيرج وغيرهما

(ولبن ودبس وخل وتمر وعنب ونحوها) كسائر الحبوب والثمار المكيلة (وإذا طلب أحدهما القسمة فيها) أي في المذكورات في هذا النوع (وأبى) الشريك (الأخر أجبر) الممتنع (ولو كان وليا على صاحب الحصة) لأنه يتضمن إزالة الضرر الحاصل بالشركة وحصول النفع للشريكين لأن نصيب كل واحد منهما إذا تميز كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ويتمكن من إحداث الغراس والبناء وذلك لا يمكن مع الاشتراك ويشترط للإجبار أيضا أن يثبت عند الحاكم أنه ملكهم ببينة لأن في الإجبار عليها

---

(١) كشاف القناع، ٣٧٣/٦

حكما على الممتنع منهما فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضا فإنه لا يحكم على أحدهما ويشترط أيضا أن يثبت عنده انتفاء الضرر وإمكان تعديل

". (١)

"السهام في العين المقسومة من غير شيء يجعل فيها (ويقسم حاكم مع غيبة ولي وكذا) يقسم حاكم (وعلى غائب في قسمة إجبار) لأنها حق على الغائب فجاز الحكم عليه كسائر الحقوق (فإن كان المشترك مثليا وهو المكيل والموزون وغاب الشريك أو امتنع) من قسمته (جاز ل) لشريك ا (لآخر أخذ قدر حقه عند أبي الخطاب) وجزم المصنف بمعناه في الوديعة تبعا للمقنع قال في الإنصاف هذا المذهب وعليه جماهير المحققين (لا عند القاضي) والناظم وهو مقتضى قول المصنف آنفا ومن قسمة الإجبار قسمة مكيل وموزون إذ القول بإجبار يمنع الأخذ بنفسه ووجه قول القاضي أن القسمة مختلف في كونها بيعا (وإذن الحاكم يرفع النزاع) ويزيل الاختلاف (وقال الشيخ في) جواب سؤال عن (قرية مشاعة قسمها فلاحوها هل يصح فقال إذا تهايأوا وزرع كل منهم حصته فالزرع له) أي للزارع (ولرب الأرض نصيبه) أي القسط المعتاد له نظير رقبة ا لأرض (إلا أن من ترك نصيب مالكه) يعني من نصيب هو يملك منفعته (فله أجرة الفضلة) أي أجرة مثلها (أو مقاسمتها) أي أخذ قسمة الفضلة على ما جرت العادة به في ذلك الموضع وهذا مبني على ما تقدم عنه أن من زرع أرض غيره بغير عقد لرب الأرض مقاسمته في الزرع إذا كان ذلك عادة أولئك ومقتضى كلام الأصحاب له أجرة المثل من أحد النقدين فقط ومقتضى كلامه عدم صحة قسمة أرض من الفلاحين لعدم ملكهم لها لكن الزرع لزارعه على ما سبق تفصيله (وهي) أي قسمة الإجبار (إفراز حق) أحدهما من الآخر لأنها لا تفتقر إلى لفظ التمليك ولا تجب فيها شفعة ويدخلها الإجبار

والإفراز مصدر أفرزت الشيء يقال فرزته وأفرزته إذا عزلته (لا بيع) أي وليست قسمة الإجبار بيعا ونها تخالفه في الأحكام والأسباب فلم تكن بيعا كسائر العقود (فيصح قسم وقف بلا رد من أحدهما) على الآخر (إذا كان) الوقف (على جهتين فأكثر) لأن الغرض التمييز (فأما الوقف على جهة واحدة فلا تقسم عينه قسمة لازمة اتفاقا لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة) وما بعدها و (لكن تجوز المهايأة) فيه

---

(١) كشاف القناع، ٦/٣٧٥

للموقوف عليهم بالزمان والمكان (وهي قسمة المنافع) قال الشيخ تقي الدين عن الأصحاب وهذا وجه ظاهر كلام الأصحاب لا فرق

قال في الفروع وهو أظهر وفي المبهج لزومها إذا اقتسموا بأنفسهم أو تهيأوا (ونفقة الحيوان) إذا تقاسموا نفعه بالمهايأة (مدة كل واحد) من الشركاء (عليه) لأنهم أرفق بهم مع حصول التساوي

". (١)

"كان) القاسم (كافرا أو فاسقا أو جاهلا بالقسمة لم تلزمه إلا بتراضيهم بها) كما لو اقتسموا بأنفسهم (ويعدل) القاسم (السهام بالأجزاء إن تساوت) كالمائعات والمكيلات من الحبوب والثمار إن لم تختلف وكالأرض المتساوية جودة أو رداءة (و) يعد السهام (بالقيمة إن اختلفت) فيجعل السهم الرديء أكثر منه من الجيد بحيث إذا قوما كانت قيمتهما سواء لأنه إذا تعذر التعديل بالأجزاء لم يبق إلا التعديل بالقيمة ضرورة أن قسمة **الإجبار** لا تخلو من أحدهما (و) تعدل السهام (بالرد إن اقتضته) بأن لم يكن بعديل السهام بالأجزاء ولا بالقيمة فإنها تعدل بالرد بأن يجعل مع الرديء أو القليل دراهم ودنانير على من يأخذ الجيد أو الأكثر (فإذا تمت) القسمة بأن عدلت السهام بواحد مما سبق (وأخرجت القرعة لزمت القسمة) لأن القاسم كالحاكم وقرعته كالحاكم نص عليه لأنه مجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق فوجب أن تلزم قرعته (ولو كان فيها) أي القسمة (ضرر أو رد) عوض وسواء (تقاسموا بأنفسهم أو بقاسم لأنها كالحكم من الحاكم) فلا تنقض (ولا يعتبر رضاهم بعدها) أي بعد القرعة كما لا يعتبر رضاهم بعد حكم الحاكم وإن خير أحدهما صاحبه لزمت برضاهما وتفرقهما قال في الشرح ويحتمل أن لا تلزم فيما فيه رد بخروج القرعة حتى يرضيا بذلك لأن ما فيه رد بيع حقيقة لأن صاحب الرد بذل عوضا لما حصل له من حصة شريكه وهذا هو البيع والبيع لا يلزم بالقرعة انتهى

وقد تقدم في باب الخيار أن خيار المجلس يثبت في القسمة بمعنى البيع وهي قسمة التراضي (وتعديل السهام لا يخلو من أربعة أقسام أحدها أن تكون السهام متساوية وقيمة أجزاء المقسوم متساوية كأرض بين ستة لكل منهم سدسها فتعدل) الأرض (بالمساحة ستة أجزاء متساوية ثم يقرع) بين الشركاء (الثاني أن تكون السهام متفقة) بأن تكون الأرض بين ستة سوية (و) تكون (القيمة مختلفة) لاختلاف أجزاء الأرض جودة ورداءة (فتعدل الأرض بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية بالقيمة) لتعذر التعديل

---

(١) كشاف القناع، ٣٧٦/٦

بالأجزاء ثم يقرع (الثالث أن تكون القيمة متساوية والسهام مختلفة كأرض بين ثلاثة لأحدهم النصف وللثاني الثلث وللسادس السدس وأجزاؤها متساوية القيم فتجعل) الأرض (ستة أسهم) متساوية لأنها المخرج الجامع لتلك الكسور (الرابع إذا اختلفت السهام والقيمة) كأرض مختلفة القيم لثلاثة على ما تقدم (فتعدل السهام بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة ثم يقرع وإن خير أحدهما الآخر من غير قرعة لزمت القسمة برضاهما وتفرقهما) من المجلس

." (١)

"السلوك في حصة الآخر فلا تعديل لأنه يكون في جميع الحقوق (وإن كان لها) أي الدار التي قسمت (ظلة)

قال في القاموس شيء كالصفة يستتر به من الحر والبرد (فوقعت) الظلة (في حصة أحدهما فهي) أي الظلة (له) أي لمن وقعت في حصته (بمطلق العقد) وإن لم يشترط ذلك لأن القسمة اقتضت ذلك وليست كالطريق (وولي المولى عليه) لصغر أو جنون أو سفه (في قسمة **الإجبار** بمنزلته) لقيامة مقامه (وكذا) هو بمنزلته أي (في قسمة التراضي إذا رآها مصلحة) كالبيع وأولى انتهى

باب الدعاوى والبينات الدعاوى (واحدها دعوى

وهي) لغة الطلب قال تعالى ﴿ ولهم ما يدعون ﴾

أي تمنون ويطلبون وقال صلى الله عليه وسلم ما بال دعوى الجاهلية

لأنهم كانوا يدعون بها عند الأمر الشديد بعضهم بعضا وهي قولهم يا لفلان

واصطلاحا (إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته) أي الغير من دين ونحوه (والمدعي من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه وإذا سكت) عن الطلب (ترك والمدعى عليه المطالب) بفتح اللام أي الذي يطالبه غيره بحق يذكر بذكر استحقاقه عليه (وإذا سكت) عن الجواب (لم يترك) بل يقال إن أجبت وإلا جعلتك ناكلا وقضيت عليك كما سبق (وواحد البينات بينة) من بان الشيء فهو بين والأنثى بينة (وهي العلامة الواضحة كالشاهد فأكثر) والأصل في مسائل الباب حديث ابن عباس مرفوعا لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه

---

(١) كشاف القناع، ٦/٣٧٩

رواه أحمد ومسلم وحديث شاهداك أو يمينه

ونحوه (ولا تصح دعوى وإنكار إلا من جائز التصرف) لأن قول غيره غير معتبر (لكن تصح الدعوى على سفيه بما يؤخذ به حال سفهه وبعد فك حجره) كطلاق وقذف ونحوه لأن إقراره به معتبر لعدم التهمة (ويحلف إذا أنكر) فيما يحلف الرشيد في مثله مما يأتي تفصيله في باب اليمين في الدعاوى (وتقدم) في باب طريق الحكم وصفته

---

(١) ".

"قوله [فإن أصر ولم يبع ماله باعه الحاكم وقضاه]إذا أصر وأبى أن يقضي صاحب الحق حقه فحينئذ يباع ماله عليه ويعطى صاحب الحق حقه ، لأن هذا من منع الظلم ومنع الظلم واجب ، ودليل حبسه حديث :(لي الواجد يحل عرضه وعقوبته) وهذا لي منه ، ولأنه كما قال صاحب الإنصاف :" الغالب أن الحقوق لا تستخرج إلا به – أي بالحبس – أو ما هو أشد منه في الأزمنة المتأخرة " ا.هـ وظاهر كلام المؤلف وغيره من الحنابلة أنه يحبس مطلقا ولو عارض ذلك حق آخر ، كأن يكون أجيرا فيكون في حبسه تضييع حق مؤجره ، أو أن تكون زوجة فيكون في حبسها تضييع لحق زوجها ، واختار الشيخ عبد الرحمن بن سعدي أنه إذا عارضه حق آخر فإنه لا يحبس وذلك لأنه يمكن أن يجبر على إعطاء الحق بغير حبس ، فكان هذا الإجبار بغير الحبس تحصيل للحقين ، فيحصل الزوج حقه من زوجته ، ويحصل الدائن حقه من مدينه بغير حبس ، وهذا هو الظاهر إن أمكن ذلك ، فإذا أمكن أن يحجر على المرأة في بيتها وأن تحبس في بيتها فتمنع من الخروج وكان في استطاعة الزوج منعها من ذلك ، وكذلك إذا كان هناك قدرة على حبس الأجير ومنعه من غير أن يحبس في غرفة ونحو ذلك فأمكن حفظ حق الغريم من غير أن يكون هناك حبس وأمكن جبره على إعطاء الحق فإن ذلك هو الأولى .." (٢)

"" الرحى(والطاحون) هو ما يسمى عندنا في السابق بـ " وله دار خاصة به ، فإذا كانت هذه الدار صغيرة والرحى كذلك فلا تمكن القسمة إلا برضا الشريكين ، لأنه إما أن يكون هناك ضرر أو رد عوض .قال :]والأرض التى لا تتعدل بأجزاء ولا قيمة ، كبناء أو بئر في بعضها [.كأن تكون الأرض مساحتها خمسمائة متر وفيها شئ من الحجارة من الجبال الثابتة أو فيها بعض البناء أو فيها بئر ، ولا يمكن ان

---

(١) كشاف القناع، ٣٨٤/٦

(٢) شرح الزاد للحمد، ٤٠/١٤

تتعدد بالأجزاء وكان لكل واحد منهما النصف ، فلو أعطينا كل واحد مائتين وخمسين مترا لكن في قسم أحدهما بئر والآخر ليس في قسمته بئر ، وفي قسمة أحدهما جبل والآخر ليس فيه ذلك ، فليست قسمة عادلة فلا يمكننا أن نعدل بينهما بالأجزاء .-وهل يمكننا أن نعدل بينهما بالقسمة ؟ بأن نقول لأحدهما خذ مائتى متر ليس فيها جبل ، ونقول للآخر خذ ثلاثمائة متر فيها هذه القطعة من الجبل ، ووجدنا أن المائتين متر هنا تساوي ،الثلاثمائه متر هناك فهذه قسمة عادلة .لكن إذا لم يمكننا القسمة لا بالأجزاء ولا بالقسمة فلا تكون القسمة مقبولة بغير الرضا ، بل لا بد من رضاهما .قال :]فهذه القسمة في حكم البيع ولا يجبر من امتنع من قسمتها [.لأنها في حكم البيع ويشترط في البيع التراضيولقوله صلى الله عليه وسلم – حيث كان ضررا – : " لا ضرر ولا ضرار "فإن قال أحدهما : ما دامت الأرض لا يمكننا أن نقسهما بيننا ، ولا يرضى أحدنا بالنصيب الأقل ، فأطلب أن تباع الأرض وآخذ نصيبي من القسمة ، فهل يلزم الآخر بذلك أم لا ؟الجواب : أن الآخر يلزم بذلك ، لدفع ضرر الشراكة فإن أبى أن يبيع فإن الحاكم يجبره .قال :]وأما مالا ضرر ولا رد عوض في قسمته [.هذه قسمة الإجبار – فلا يشترط الرضا فيها لأنه لا ضرر ولا رد عوض في قسمته .قال :]كالقرية والبستان[.فلو كانت هناك قرية بين اثنين فاقتسماها فهذا صحيحقال :]والدار الكبيرة [.."[1]

"كأن تكون الدار فيها عشرة غرف وفيها مجلسان وفيها مطبخان وحمامان ، فقسمت بينهما فهذا صحيح .والدار الكبيرة : أي التى يمكن أن تقسم قسمة عادلة .قال :]والأرض [.كأن تكون لهما أرض مساحتها ألف متر ، فيأخذ كل واحد خمسمائة متر . فهذا جائز .قال :]والدكاكين الواسعة [.كأن يكون لهما في السوق دكان مساحته عشرة أمتار في خمسة أمتار ، فيقول : خمسة في خمسة لي ، وخمسة في خمسة لك ونضع بينهما جدارا فهذا جائز ويكون في هذا القسمة إجبار.قال :]والمكيل والموزون من جنس واحد كالأدهان والألبان ونحوها[.كالأرز ونحو ذلك ، فهذه مكيلة أو موزونة ، تمكن قسمتها قسمة عادلة ولا ضرر ولا رد عوض .قال :]إذا طلب الشريك قسمتها أجبر الآخر عليها [. .أي على القسمة لأنه لا ضرر ولا رد عوض وهي مشتركة بينهما .قال :]وهذه القسمة إفراز لا بيع [.فهذه القسمه ليست بيعا وإنما هي إفراز ، أي تمييز ح ق كل ذي حق بينهما ، ففيها تمييز حق كل واحد منهما عن الآخر ، وعليه فلا يشترط فيها الرضا –كما تقدم – ولذا كانت إجبارا ، وإذا قسمت بينهما فلا يثبت خيار لأنها ليست بيعا وإنما هي إفراز .قال :]ويجوز للشركاء في قسمة الإجبار – أن يتقاسموا بأنفسهم أو بقاسم

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٣٦/٣٠

ينصبونه او يسألوا الحاكم نصبه [.لان الحق لهم ، ويشترط أن يكون القاسم عالما بالقسمة ليوصل الحقوق إلى أهلها .قال :]وأجرته على قدر الأملاك [فأجرة هذا القاسم تكون على الشركاء بقدر أملاكهم ، لأنها مؤنة ملك فكانت بقدره ، كما لو كان هناك عبد مشترك بينهما فنفقته بقدر الأملاك .لكن إن كان بينهما شرط ، كأن يقول صاحب القسمة الأكبر لصاحب القسمة الأقل أشترط أن تكون الأجرة بيني وبينك بالسوية ، فرضي بذلك ، فالذي يظهر صحة الشرط لأن المؤمنين على شروطهم – وهو قول في المذهب قال صاحب الكافي :" وهو على ما شرطاه "." (١)

"إذن : إذا كان بينهما شرط فهو على ما شرطاه ، وإن لم يكن هناك شرط فيكون بقدر الأملاك.قال :]فإذا اقتسموا أو اقترعوا لزمت القسمة [فإذا اقتسموا بأنفسهم – في قسمة الإجبار – أو بقاسم ينصبونه أو يسألوا الحاكم نصبه – فإذا اقتسموا على ذلك لزمت القسمة ، وذلك لان القسمة قسمة إجبار ورضاهما لم يكن معتبرا في الأصل فكذلك لم يعتبر في الأثناء.-إذا كانا قد نصبا حاكما عالما بالقسمة فكما لو حكما بينهما قاضيا فيلزمهما كذلك.إذا كانا قد قسما بينهما القسمة من غير قاسم : فإذا كانا تراضيا على ذلك فكذلك أي تلزم القسمة لأنهما قد تراضيا على ذلك .وأما إذا لم يتراضيا فلا ، لأنه يقول أحدهما :القسمة جائزة أو نحو ذلك فلا يلزمه الرضا .قال :]وكيف اقترعوا جاز[بأي كيفية اقترعوا جاز ذلك سواء كان بالحصى أو بالرقاع وغير ذلك من طرق القرعةفإذا لم يرض كل واحد فيهما بهذا النصيب فوضعوا القرعة بينهما فخرجت لأحدهما فيلزم الآخر الرضى بأي طريقه من طرق القرعة .-لا شك أنه ليس المراد أن يكون أحدهما غانما أو غارما بل المقصود أنهما اجتهدا في التسوية ، ومن أجل أنهما قد يختلفان في اختيار النصيب وضعت القرعة بينهما.أما إذا كان أحدهما غانما والآخر غارما فلا يجوز ذلك .والحمدالله رب العالمينباب : الدعاوى والبيناتالدعاوى : بفتح الواو وكسرها جمع دعوى وهي في اللغه : الطلب قال تعالى : ولهم فيها ما يدعون "وأما في الإصطلاح : فهي إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شئ في يد غيره او ذمته .كان يقول : مثلا : هذه الدار لي والدار بيد رجل آخر فهي دعوى ،او يقول : في ذمته لي عشرة آلاف ، فهي دعوى .-أما البينات فهي جمع بينه وهي ما اظهر الحق وأبانهكالشاهد : فالشاهد يظهر الحق ويبينه .قال رحمه الله :] المدعي : من إذا سكت ترك والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك [يعنى م ع المطالبة .." (٢)

---

(١) شرح الزا د للحمد، ٣٧/٣٠

(٢) شرح الزاد للحمد، ٣٨/٣٠

"قوله [فإن أصر ولم يبع ماله باعه الحاكم وقضاه]إذا أصر وأبى أن يقضي صاحب الحق حقه فحينئذ يباع ماله عليه ويعطى صاحب الحق حقه ، لأن هذا من منع الظلم ومنع الظلم واجب ، ودليل حبسه حديث :(لي الواجد يحل عرضه وعقوبته) وهذا لي منه ، ولأنه كما قال صاحب الإنصاف :" الغالب أن الحقوق لا تستخرج إلا به – أي بالحبس – أو ما هو أشد منه في الأزمنة المتأخرة " ا.هـ وظاهر كلام المؤلف وغيره من الحنابلة أنه يحبس مطلقا ولو عارض ذلك حق آخر ، كأن يكون أجيرا فيكون في حبسه تضييع حق مؤجره ، أو أن تكون زوجة فيكون في حبسها تضييع لحق زوجها ، واختار الشيخ عبد الرحمن بن سعدي أنه إذا عارضه حق آخر فإنه لا يحبس وذلك لأنه يمكن أن يجبر على إعطاء الحق بغير حبس ، فكان هذا الإجبار بغير الحبس تحصيل للحقين ، فيحصل الزوج حقه من زوجته ، ويحصل الدائن حقه من مدينه بغير حبس ، وهذا هو الظاهر إن أمكن ذلك ، فإذا أمكن أن يحجر على المرأة في بيتها وأن تحبس في بيتها فتمنع من الخروج وكان في استطاعة الزوج منعها من ذلك ، وكذلك إذا كان هناك قدرة على حبس الأجير ومنعه من غير أن يحبس في غرفة ونحو ذلك فأمكن حفظ حق الغريم من غير أن يكون هناك حبس وأمكن جبره على إعطاء الحق فإن ذلك هو الأولى .." [1]

"" الرحى(والطاحون) هو ما يسمى عندنا في السابق بـ " وله دار خاصة به ، فإذا كانت هذه الدار صغيرة والرحى كذلك فلا تمكن القسمة إلا برضا الشريكين ، لأنه إما أن يكون هناك ضرر أو رد عوض .قال :]والأرض التي لا تتعدل بأجزاء ولا قيمة ، كبناء أو بئر في بعضها [.كأن تكون الأرض مساحتها خمسمائة متر وفيها شئ من الحجارة من الجبال الثابتة أو فيها بعض البناء أو فيها بئر ، ولا يمكن ان تتعدد بالأجزاء وكان لكل واحد منهما النصف ، فلو أعطينا كل واحد مائتين وخمسين مترا لكن في قسم أحدهما بئر والآخر ليس في قسمته بئر ، وفي قسمة أحدهما جبل والآخر ليس فيه ذلك ، فليست قسمة عادلة فلا يمكننا أن نعدل بينهما بالأجزاء .-وهل يمكننا أن نعدل بينهما بالقسمة ؟ بأن نقول لأحدهما خذ مائتى متر ليس فيها جبل ، ونقول للآخر خذ ثلاثمائة متر فيها هذه القطعة من الجبل ، ووجدنا أن المائتين متر هنا تساوي الثلاثمائه متر هناك فهذه قسمة عادلة .لكن إذا لم يمكننا القسمة لا بالأجزاء ولا بالقسمة فلا تكون القسمة مقبولة بغير الرضا ، بل لا بد من رضاهما .قال :]فهذه القسمة في حكم البيع ولا يجبر من امتنع من قسمتها [.لأنها في حكم البيع ويشترط في البيع التراضيولقوله صلى الله عليه وسلم – حيث كان ضررا – : " لا ضرر ولا ضرار "فإن قال أحدهما : ما دامت الأرض لا يمكننا أن نقسمها

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٤٠/٤٦

بيننا ، ولا يرضى أحدنا بالنصيب الأقل ، فأطلب أن تباع الأرض وآخذ نصيبي من القسمة ، فهل يلزم الآخر بذلك أم لا ؟الجواب : أن الآخر يلزم بذلك ، لدفع ضرر الشراكة فإن أبى أن يبيع فإن الحاكم يجبره .قال :]وأما مالا ضرر ولا رد عوض في قسمته [.هذه قسمة الإجبار – فلا يشترط الرضا فيها لأنه لا ضرر ولا رد عوض في قسمته .قال :]كالقرية والبستان[.فلو كانت هناك قرية بين اثنين فاقتسماها فهذا صحيحقال :]والدار الكبيرة [.."(١)

"كأن تكون الدار فيها عشرة غرف وفيها مجلسان وفيها مطبخان وحمامان ، فقسمت بينهما فهذا صحيح .والدار الكبيرة : أي التي يمكن أن تقسم قسمة عادلة .قال :]والأرض [.كأن تكون لهما أرض مساحتها ألف متر ، فيأخذ كل واحد خمسمائة متر . فهذا جائز .قال :]والدكاكين الواسعة [.كأن يكون لهما في السوق دكان مساحته عشرة أمتار في خمسة أمتار ، فيقول : خمسة في خمسة لي ، وخمسة في خمسة لك ونضع بينهما جدارا فهذا جائز ويكون في هذا القسمة إجبار.قال :]والمكيل والموزون من جنس واحد كالأدهان والألبان ونحوها[.كالأرز ونحو ذلك ، فهذه مكيلة أو موزونة ، تمكن قسمتها قسمة عادلة ولا ضرر ولا رد عوض .قال :]إذا طلب الشريك قسمتها أجبر الآخر عليها [. .أي على القسمة لأنه لا ضرر ولا رد عوض وهي مشتركة بينهما .قال :]وهذه القسمة إفراز لا بيع [.فهذه القسمه ليست بيعا وإنما هي إفراز ، أي تمييز ح ق كل ذي حق بينهما ، ففيها تمييز حق كل واحد منهما عن الآخر ، وعليه فلا يشترط فيها الرضا –كما تقدم – ولذا كانت إجبارا ، وإذا قسمت بينهما فلا يثبت خيار لأنها ليست بيعا وإنما هي إفراز .قال :]ويجوز للشركاء في قسمة الإجبار - أن يتقاسموا بأنفسهم أو بقاسم ينصبونه او يسألوا الحاكم نصبه [.لان الحق لهم ، ويشترط أن يكون القاسم عالما بالقسمة ليوصل الحقوق إلى أهلها .قال :]وأجرته على قدر الأملاك [فأجرة هذا القاسم تكون على الشركاء بقدر أملاكهم ، لأنها مؤنة ملك فكانت بقدره ، كما لو كان هناك عبد مشترك بينهما فنفقته بقدر الأملاك .لكن إن كان بينهما شرط ، كأن يقول صاحب القسمة الأكبر لصاحب القسمة الأقل أشترط أن تكون الأجرة بيني وبينك بالسوية ، فرضي بذلك ، فالذي يظهر صحة الشرط لأن المؤمنين على شروطهم – وهو قول في المذهب قال صاحب الكافي :" وهو على ما شرطاه "." (٢)

(١) شرح الزاد للحمد، ٣٦/٦٢

(٢) شرح الز ا د للحمد، ٣٧/٦٢

"إذن : إذا كان بينهما شرط فهو على ما شرطاه ، وإن لم يكن هناك شرط فيكون بقدر الأملاك.قال :]فإذا اقتسموا أو اقترعوا لزمت القسمة [فإذا اقتسموا بأنفسهم – في قسمة **الإجبار** – أو بقاسم ينصبونه أو يسألوا الحاكم نصبه – فإذا اقتسموا على ذلك لزمت القسمة ، وذلك لان القسمة قسمة إجبار ورضاهما لم يكن معتبرا في الأصل فكذلك لم يعتبر في الأثناء.-إذا كانا قد نصبا حاكما عالما بالقسمة فكما لو حكما بينهما قاضيا فيلزمهما كذلك.إذا كانا قد قسما بينهما القسمة من غير قاسم : فإذا كانا تراضيا على ذلك فكذلك أي تلزم القسمة لأنهما قد تراضيا على ذلك .وأما إذا لم يتراضيا فلا ، لأنه يقول أحدهما :القسمة جائزة أو نحو ذلك فلا يلزمه الرضا .قال :]وكيف اقترعوا جاز[بأي كيفية اقترعوا جاز ذلك سواء كان بالحصى أو بالرقاع وغير ذلك من طرق القرعةفإذا لم يرض كل واحد فيهما بهذا النصيب فوضعوا الـقرعة بينهما فخرجت لأحدهما فيلزم الآخر الرضى بأي طريقه من طرق القرعة .-لا شك أنه ليس المراد أن يكون أحدهما غانما أو غارما بل المقصود أنهما اجتهدا في التسوية ، ومن أجل أنهما قد يختلفان في اختيار النصيب وضعت القرعة بينهما.أما إذا كان أحدهما غانما والآخر غارما فلا يجوز ذلك .والحمدالله رب العالمينباب : الدعاوى والبيناتالدعاوى : بفتح الواو وكسرها جمع دعوى وهي في اللغه : الطلب قال تعالى : ولهم فيها ما يدعون "وأما في الإصطلاح : فهي إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شئ في يد غيره او ذمته .كان يقول : مثلا : هذه الدار لي والدار بيد رجل آخر فهي دعوى ،او يقول : في ذمته لي عشرة آلاف ، فهي دعوى .-أما البينات فهي جمع بينه وهي ما اظهر الحق وأبانهكالشاهد : فالشاهد يظهر الحق ويبينه .قال رحمه الله :] المدعي : من إذا سكت ترك والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك [يعنى م ع المطالبة .." (١)

"شروط الصلح على جنس الحق

يشترط لهذا الصلح شروط: الشرط الأول: أن يكون المصالح ممن يصح تبرعه.

فإذا كان المالك سفيها أو مجنونا فلا يصح صلحه، وذلك لأنه محجور عليه لا يصح أن يتصرف ولا أن يتبرع، وهذا قد تبرع -مثلا- بألف أو بألفين أو بشاة أو ناقة، فلا بد أن يكون ممن يصح تبرعه، وهو الحر المكلف الرشيد، فالمملوك لا يصح تصرفه فلا يصح تبرعه، والصغير لا يصح تبرعه، والمجنون لا يصح تبرعه، والسفيه لا يصح تبرعه.

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٣٨/٦٢

الشرط الثاني: أن لا يكون بلفظ الصلح بل بلفظ الإسقاط أو بلفظ الإبراء، فيقول -مثلا- أبرأتك من نصف الدين أو ثلثه أو: أسقط عنك كذا وكذا.

فلا يكون بلفظ الصلح؛ لأنه إذا كان بلفظ الصلح يكون فيه شيء من **الإجبار**، فيقولون: يشترط ألا يكون بلفظ الصلح، بل بلفظ الإبراء أو الهبة أو الوضع، أي: أن يضع عنه كذا.

الشرط الثالث: أن لا يكون هناك شرط، كأن يقول: لا أقر لك بدينك إلا إذا أسقطت عني نصفه أو ربعه.

فيقول: أنا أعترف أن لك عندي عشرة آلاف، ولكن ليس لك بينة، وليس عندك وثيقة، وأنا سوف أجحدك وأنكر هذا الدين إذا أتينا عند القاضي ولا أقر بذلك، ولا أعترف عند الشهود، ولا أكتب لك وثيقة إلا إذا أسقطت عني نصفه أو ثلثه أو ربعه أو عشره.

فيقول: سوف آتي بشهود، واعترف أمام الشهود بالدين الذي هو عشرة آلاف وأنا أسقط عنك منه ألفين -مثلا- أو ألفا، ولكن أنت الآن تلتزم بالاعتراف، فأنا ما عندي بينة ولا كتبت عليك، بل وثقت بذمتك ووثقت بأمانتك وأعطيتك مالي، ولم أشعر بأنك ستجحدني.

فيقول: أنا أجحدك، ولا أعترف أمام الشهود إلا إذا أسقطت عني النصف أو الثلث أو ما أشبه ذلك فيقول: سوف آتي بالشهود واعترف أمامهم أن عندك لي عشرة، أو أن عندك لي هذه الأمانة مثلا، أو هذه الأغنام أو ما أشبهها، فاعترف أمام الشهود، وفيما بيني وبينك أعطيك منها ألفا أو شاة أو ما أشبه ذلك.

فجاء بالشهود واعترف وكتبوا شهادتهم: إن فلانا مدين لهذا بعشرة ألاف.

أو: إن هذه الأغنام له أو هذه الأكياس أو هذه الأعيان، ثم قال: ولكنه التزم بأن يعطيني منها كذا وكذا مقابل الاعتراف! فالمالك يقول: أنت لا تستحق، وذلك لأنك خائن لم تعترف إلا بعد أن التزمت لك بذلك، فأنت لا تستحق شيئا الآن، وثقت ديني أمام هذين الشاهدين باعتراف منك، فلا حق لك فيما وعدتك، ما وعدتك إلا لأجل أن تعترف.

فيقول: كيف تعدني وتخلف ما وعدتني؟ فيقول: ما وعدتك إلا لأجل أن تقر أمام الشاهدين مخافة أن تجحد.

هذه شروط هذا الصلح: الشرط الأول: أن يكون ممن يصح تبرعه.

الشرط الثاني: أن لا يكون بلفظ الصلح.

الشرط الثالث: أن لا يمنعه حقه بدونه.

فلا يقول: لا أعترف لك إلا بشرط أن تعطيني منه كذا.

فهذا صلح على جنس الحق يعني: على إسقاط شيء من الدراهم أو شيء من الأغنام أو ما أشبه ذلك.." (١)

"لا شفعة إلا في أرض تجب قسمتها

الشرط الثالث: كونها أرضا تجب قسمتها.

وهذا فيه خلاف، فقسمة الأرض تنقسم إلى قسمين: قسمة إجبار، وقسمة تراض.

فقسمة **الإجبار**: إذا كانت الأرض واسعة، وإذا قسمت لم يتضرر أحدهما، كأرض مساحتها مائة متر، فإذا قسمت أمكن صاحب الخمسين مترا أن يزرع فيها وأن يحفر وأن يبني وأن يغرس، فلا ضرر عليه بالقسمة، وهذا إذا طلب القسمة ألزم الثاني بأن يقسم معه.

أما ما لا يقسم إلا بضرر، فيسمى قسمة تراض، فإذا كان بينهما -مثلا- دكان عرضه متران، وطوله ثلاثة أمتار، وطلب أحدهما أن يقسم نصفين، فإن شريكه يقول: علي ضرر، لأنه لا يبقى إلا نحو متر وربما ينقصه الجدار فماذا يفيد؟! أنا لا أتمكن من الانتفاع به؛ فهذا لا يقسم إلا بتراض، فإن تراضيا فلهما ذلك، فأما إذا لم يتراضيا فلا.

فهل تقع شفعة في هذا الدكان إذا باع أحدهما نصفه؟ الصحيح أن فيه شفعة ولو لم تجب القسمة؛ وذلك لأن الضرر فيه أشد.

وكذلك البيت إذا كان عرضه ستة أمتار وطوله سبعة أمتار أو ثمانية، وهو مشترك بين اثنين، وطلب أحدهما نصيبه قسمة، فلا يقسم إلا بالتراضي؛ لأنه إذا قسم فسد ولم ينتفع به، والصحيح أنه إذا باع أحدهما نصيبه ثبتت الشفعة.

قوله: (ويدخل غراس وبناء تبعا)، فإذا بيع البستان وهو بين اثنين نصفين، فباع أحدهما نصفه، وفيه غراس وبناء فإنه يدخل تبعا، وذلك لأنه معلوم أنه للاستقرار وللدوام، والإنسان إذا بنى دارا فالعادة أنها ليست مؤقتة؛ يقول: هذه داري طول حياتي، ومن اشتراها فإنه يقول: أسكن فيها طول الحياة فليست مؤقتة.

وكذلك إذا غرس فيها شجرا كنخل أو ليمون أو رمان، فالعادة أيضا أنه يبقى، وليس مثل الذي يموت بسرعة كبطيخ ونحوه.

---

(١) شرح أخصر المختصرات، ٧/٣٦

فإذا شفع الشافع انتزعهما من المشتري وأعطاه ثمنه، وذلك إذا باع شريكه نصف الأرض بما فيها من البيوت وبما فيها من الأشجار.

قوله: (لا ثمرة وزرع) يعني: إذا باعها وفيها ثمر فالعادة -كما تقدم- أنه للبائع، وكذلك الزرع لبائع إلى الحصاد والجذاذ إلا إذا اشترطه المشتري، وقد تقدم هذا في الأصول والثمار.." (١)

"أنواع القسمة

القسمة نوعان: قسمة التراضي وقسمة **الإجبار**، فقسمة التراضي تكون في الشيء الذي لا ينقسم إلا بضرر أو برد عوض كحمام ودور صغار، فهذه تقسم قسمة التراضي، فإذا كان بينهما دار صغيرة مساحتها مثلا ثمانية أمتار طولا وسبعة أمتار عرضا، وهي مشتركة بين اثنين، وقالا: نريد أن نقتسمها، فيقول القاضي: إذا اقتسمتم يكون لك يا هذا أربعة في سبعة ماذا تنتفع بها؟ تكون ضيقة ولا تنتفع بها، وإذا قال: أنا راض اقسموا لي، هل ترضى أنت أيها الآخر أن يكون هذا قسمك؟ إذا أردت أن تبيع، هل أحد يشتري منك هذه الدار التي عرضها ثلاثة أذرع؟ إذا أردت أن تؤجر هل أحد يستأجرها وهي بهذه المسافة؟ فقسمها يفسدها ويتضرر أهلها، لكن لو رضي كل من الطرفين، فإن القاضي يقسمه، فيأتي بواحد يقسم بينهما فيبني حاجزا بينهما فيقول: لك يا هذا كذا، ولك يا هذا كذا، هل رضيتما؟ قالا: رضينا.

وقوله: (الحمام) هو المكان الذي يغتسل فيه تحت الأرض قديما، كانوا في البلاد الباردة كالشام ومصر والعراق وبعض البلاد يحفرون حماما نحو خمسة أمتار في الأرض، ويجعلون دورين، الدور الأسفل يكون فيه الماء، وينزل فيه الذي يريد الاستحمام يعني: الاغتسال والنظافة، وقد يكون الحمام صغيرا عرضه مثلا أربعة أذرع وطوله خمسة أذرع، وإذا قسم فإنه يختل، ولا ينتفع بنصفه، فلا يقسم إلا إذا تراضوا، وقد يكون هذا الحمام، أو هذه الدور، أو هذا الدكان بين ثلاثة أو أربعة، فالدكان الذي عرضه متران، وطوله أربعة أمتار، وهو مشترك بين اثنين يطلبان القسمة، فلا يقسمه إلا إذا تراضيا، فيشترط رضا كل الشركاء، فإنه كبيع ومعناه: أن لكل منهما الخيار كأنه يقول: بعتك نصيبي في هذا القسم، والثاني يقول: بعتك نصيبي في هذا القسم، فإذا رجع أحدهما في مجلس الخيار فله ذلك؛ لأن حكمها كالبيع.." (٢)

"دعوة الشريك للبيع أو الإجارة

---

(١) شرح أخصر المختصرات، ١٠/٤٣

(٢) شرح أخصر المختصرات، ٣/٨٥

يقول: (ومن دعا شريكه فيها، أو في شركة نحو عبد وسيف وفرس إلى بيع أو إجارة أجبر): إذا قال: أنا شريك لك في هذا الدكان الذي عرضه متران، ولكن أنا أريد البيع، إما أن تبيعني أو أبيعك وإلا بعنا نصيبنا جميعا، فإنه يجبر، إذا قال: أنا شريك في هذا الدكان، أنا شريك في هذا العبد، أو في هذه الفرس، أو في هذا السيف، فالعبد لا يمكن قسمه، والسيف لا يمكن قسمه، والفرس لا يمكن قسمها، وإنما هذه الأشياء تباع، فإذا طلب أحدهما البيع فإن له ذلك، والقاضي أو الأمير يجبر من امتنع؛ لأن الآخر متضرر بالشركة حيث يقول: إنه ينتفع بها وأنا لا أنتفع، أو إنها معطلة، أو إنها مؤجرة بأجرة زهيدة أو نحو ذلك، فأنا أريد بيع نصيبي، أو أريد تأجير نصيبي بأجرة أكثر من ذلك.

فالحاكم يجبر بقية الشركاء على بيع أو إجارة، وإذا أبى أحدهما وقال: أنا لا أبيع نصيبي في هذا العبد، ولا في هذا الجمل، ولا في هذا الدكان، أجبره الحاكم أو القاضي أن يبيعه أو يؤجره، ويقسم الثمن أو يقسم الأجرة بينهما، يقول له: إما أن تبيع نصيبك مع نصيب صاحبك، أو تشتري نصيب صاحبك فإذا لم توافق فإننا سنبيعه، فإذا قال: بع نصف شريكي، قد يقول: نصف شريكك إذا كان مترا فلن نجد أحدا يشتريه، وكذلك إذا كان نصيبه نصف هذا السيف، فمن الذي يشتري نصف السيف؟ ماذا يريد بنصف السيف أو نصف الفرس؟ فيجبره على أن يبيع أو يجبره على أن يؤجر، أو يبيعه الحاكم ويقسم الثمن عليهما، ويلزمهما بذلك، أو يؤجره ويقسم الأجرة بينهما، هذا ما يتعلق بقسمة التراضي.

النوع الثاني: قسمة **الإجبار**: وهي ما لا ضرر فيه ولا رد عوض كمكيل وموزون من جنس واحد ودور كبار، فيجبر على القسمة، فإذا قال: اشتريت وفلان كيسا من البر، والآن أريد نصيبي، والأول يقول: أنا لا أقسمه، ولكني سوف أبيعه، فإنه يجبر من امتنع فيقسم الكيس بالصاع أو بالكيلو ويعطى كل واحد منهما نصيبه ليتصرف فيه، وكذلك لو كان كيس تمر مثلا، أو شيئا يوزن كحديد، أو قطن، أو صوف، ففي هذه الأحوال كلها يجبر من امتنع؛ لأنه ليس ببيع وإنما يسمى إفرازا.

وهكذا لو كان بينهما أرض واسعة مساحتها مثلا مائة متر في مائة وطلب أحدهما القسمة فيجبر من امتنع منها، ولو كانوا ثلاثة وقال أحدهم: إنا إذا قسمناها نقصت قيمتها، فـA أصحابك طلبوا قسمتهم، يريدون أن يعمروا، وأنت إذا أخذت نصيبك، فإن شئت فبع، وإن شئت فأجر، وإن شئت فاعمر، فيجبره الحاكم، ويقسمها بينهم، ويعطي كل واحد نصيبه، هذا إذا كان ليس فيها ضرر ولا رد عوض.

فإن كان فيها رد عوض فلا بد من التراضي كما تقدم في قسمة التراضي، وصورة ذلك: إذا كان بيت طوله عشرون مترا وعرضه عشرون مترا -أي: أنه نحو أربعمائة متر- وهو بين اثنين، ولكن يختلف القسم

الجنوبي عن القسم الشمالي، فالقسم الشمالي على طريق واسع، وعلى مكان معروف، وقريب من المرافق ومن الخدمات، وأما القسم الجنوبي فليس على مرفق، وليس حوله ولا أمامه إلا طريق ضيق، ففي هذه الحال إذا قسمناه نصفين فكل واحد منهما يقول: أنا أريد القسم الشمالي، ففي هذه الحال نقول: من كان له القسم الشمالي يدفع للآخر عشرة آلاف ريال، هذا فيه رد عوض، فهل هذه قسمة إجبار أو قسمة تراض؟ قسمة تراض؛ لأن فيها رد عوض، فليس كل منهم يرضى بهذه القسمة فيقول: قنعت.

أما إذا كانت الأرض في صحراء، وليس حولها بناء، وهي أرض واسعة قدرها مائتا متر في مائتين، وهذه عندها مرافق وخدمات وهذه كذلك، وهي بين أربعة مثلا، ففي هذه الحال إذا طلبوا القسمة جاز ذلك، وأجبروا على ذلك، وليس فيها رد عوض، فإذا قسمناها على أربعة فكل واحد له مائة في مائة، فهذه قسمة إجبار لا ضرر فيها ولا رد عوض.

والشيء الذي يكال كالأكياس أو يوزن كالحديد والقطن، ويكون من جنس واحد ليس بينه تفاوت يعني: هذا بر كله، وهذا رز كله، والدور الكبار، والأراضي الواسعة، فالقسمة فيها قسمة إجبار، يجبر الشريك أو يجبر وليه إذا كانت الشراكة لولي يتيم، أو لولي مجنون، على القسمة ويقسم الحاكم على غائب، فإذا كان أحدهم غائبا وطلب الشركاء الحاضرون أو طلب أولياؤهم القسمة، يقسم الحاكم عليهم.

وهذه القسمة تسمى إفرازا وليست كالأولى، فالأولى بيع وهذه إفراز، وليس فيها خيار، ولكن إذا اتفقت الرغبات فإنهم يقرعون بينهم، وكل يأخذ ما يصيبه بالقرعة.." (١)

"

قال : ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضرا .

ش : لأنه نائبه وقائم مقامه فعلى هذا يقوم مقامه في **الإجبار** وعدمه ، وقد تضمن هذا صحة التوكيل في النكاح ولا إشكال في ذلك ، فقد وكل النبي أبا رافع في تزويج ميمونة ، ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويج أم حبيبة وظاهر إطلاق الخرقي يقتضي أن لا يشترط إذن المرأة في التوكيل ، ولا نزاع في ذلك إن كان الولي مجبرا ، وكذا إن لم يكن مجبرا على اختيار الشيخين وغيرهما ، وخرجه ابن عقيل في الفصول تبعا لشيخه في المجرد على روايتي توكيل من غير إذن الموكل والله أعلم .

قال : وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلا أو عبدا أو كافرا زوجها الأبعد من عصبتها .

---

(١) شرح أخصر المختصرات، ٤/٨٥

ش : إذا كان الأقرب من عصبتها طفلا زوج الأبعد ، لأن الولاية تثبت نظرا للمولي عليه ، عند عجزه عن النظر لنفسه ، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ، ولا يلي لنفسه ، فغيره أولى ، وفي معنى ذلك من لا عقل له لكبر كالشيخ إذا أفند ، أو لجنون مطبق ، أما من يخنق في الأحيان فلا تزول ولايته ، لزوال ذلك عن قرب ، وكذلك المغمى عليه بطريق الأولى ، وهو الذي قطع بع أبو محمد ، لأن مدته يسيرة ، أشبه النوم ، ولذلك لا تثبت الولاية عليه ، ويجوز على الأنبياء عليهم السلام وحكى ابن حمدان وجها بزوالها . انتهى .

". (١)

" تستكمل تسع سنين وإن كرهت ، بشرط أن يضعها في كفاية ، وقد حكاه ابن المنذر إجماعا ودل علهي قوله سبحانه : ١٩ (﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائي لم يحضن ﴾) أي فعدتهن كذلك [أو على التقديم والتأخير ، والتقدير : واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم ، واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر ، وعلى كل حال يدل] على أن الصغيرة تزوج وتطلق ، لوقوع العدة عليها ، ولا إذن لها معتبرة والحال هذه .

٢٤٤٥ وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي تزوجها وهي بنت ست سنين ، وأدخلت عليه وهي بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعا ، متفق عليه ، وفي رواية لأحمد ومسلم : تزوجها وهي ابنة تسع . ولا إذن لها إذا معتبرة .

٢٤٤٦ وروى الأثرم أن قدامة بن مظعون ابنة الزبير حين نفست ، فقيل له . فقال : ابنة الزبير إن مت ورثتني ، وإن عشت كانت امرأتي .

واختلفت الرواية عن إمامنا أحمد في من استكملت تسع سنين ، فروي عنه كذلك وإن بلغت ، وهي اختيار الخرقي وجمهور الأصحاب ، القاضي وولده أبي الخطاب في خلافه ، والشريف وابن البنا وأبي محمد وغيرهم .

٢٤٤٧ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي قال : (الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر ، وإذنها سكوتها) رواه مسلم وغيره ، وفي رواية في الصحيح (يستأمرها أبوها) فتقسيم النساء قسمين ، وإثبات الحق لأحدهما دليل على نفيه عن الآخر ، وهي البكر ، فيكون وليها أحق منها ، وإلا

---

(١) شرح الزركشي، ٣٢٦/٢

فلا فائدة من التفرقة ، لا يقال : الفائدة التفرقة في صفة الإذن ، لأنا نقول : ظاهر الحديث أن الذي فرق فيه حق الولي ، ألا ترى أنه ذكر صفة الإذن بعد ، وعلى هذا فالإذن في حقها على سبيل الاستحباب ، وعلى هذا فالعلة في **الإجبار** البكارة .

(وروي عنه) : لا يجبرها مطلقا ، وهي أظهر ، وقد قال الشريف : إنها المنصوص عنه .

٢٤٤٨ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله قال : (لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن) قالوا : يا رسول الله كيف إذنها ؟ قال : (أن تسكت) .

٢٤٤٩ وعن عائشة رضي الله عنها قالت : قلت : يا رسول الله تستأمر النساء

". (١)

" في أبضاعهن ؟ قال : (نعم) قلت : فإن البكر تستأمر فتستحي ؟ فقال : سكاتها إذنها) متفق عليهما .

٢٤٥٠ وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن جارية بكرا أتت رسول الله فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة ، فخيرها النبي ، رواه أحمد وأبو داود . والعلة على هذا القول البكارة مع صغر مخصوص . (وعنه) : تجبر ابنة تسع سنين ، حكاها ابن أبي موسى وغيره لما تقدم ، ولا تجبر البالغة ، لأنها جائزة التصرف في مالها ، أشبهت الثيب الكبيرة ، والعلة على هذا القول الصغر والبكارة ، وظاهر كلام ابن عقيل أن العلة على هذا القول الصغر ، ومن نصر الأول حمل ما ورد من استئذان البكر على الإستحباب ، أو على غير الأب ، وأجابوا عن حديث ابن عباس بأن أبا داود وأبا حاتم وغيرهما أعلوه بالإرسال ، ثم يحتمل أن أباها زوجها من غير كفو فخيرت لذلك ، وفي هذه الأجوبة نظر ، أما الأول فظواهر الأحاديث تخالفه ، ومثل هذا الظاهر لا يترك إلا بأقوى منه ، وأما الثاني فالمرسل عندنا حجة على الصحيح ، لا سيما وقد اعتضد بظواهر الأحاديث ، وأما الثالث فالذي رتب عليه الحكم من دعا له رسول الله بالفقه وعلم التأويل هو الكره لا غيره ، وأما قوله : (الثيب أحق بنفسها ، والبكر تستأمر) فالمراد والله أعلم في الرد والإجابة في الخطبة ، فالولي ليس له مع الثيب أمر في ذلك ، ولهذا قال : (تستأمر) أي يطلب أمرها ، بخلاف البكر فإنه لا مدخل لها في العادة في ذلك ، وإنما تستأذن في الرضا بالنكاح فقط .

---

(١) شرح الزركشي، ٣٤١/٢

تنبيهات (أحدها) قد تقدم التنبيه على علة **الإجبار** ، وسيأتي أن لنا وجها أن الثيب الصغيرة تجبر مطلقا ، وعلى هذا فالعلة في **الإجبار** الصغر ، عكس الأول ، لكن لا أعرف قائلا بذلك ، وإنما أبو بكر يقول بإجبار ثيب لم تبلغ تسعا ، فالعلة عنده صغر مخصوص ، وأبو البركات ينتظم من كلامه أن في علة **الإجبار** ثلاث روايات ، الصغر ، البكارة ، أحدهما ، ويتلخص من مجموع ذلك ثلاثة أقوال .

(الثاني) إذا قلنا لا تجبر المميزة بعد التسع هنا وفيما سيأتي فهل لها إذن صحيح فتزوج به ؟ فيه روايتان ، أنصهما وأشهرهما عن أحمد نعم ، وبها جزم القاضي في تعليقه ، وفي جامعه ، ومجرده ، وابن عقيل في فصوله وتذكرته ، وأبو الخطاب في خلافه ، والشريف وابن البنا ، ونصبها الشيرازي ، وهي ظاهر كلام أبي بكر كما سيأتي ، لظاهر قول الله تعالى : ١٩ (﴿ وإن خفتم لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم ﴾) الآية ، مفهومه أنا إذا لم نخف لنا تزويج اليتيمة .

٢٤٥١ وقد فسرته عائشة رضي الله عنها بذلك ، واليتيمة من لم تبلغ ، ولا أيب

---

(١) ".

" ذلك ، وحمل كلام أحمد والخرقي على ذلك ، إذ تزويجه مع عدم ذلك إضرار به ، لالتزامه حقوقا لا مصلحة في التزامها ، ومنع أبو بكر في الخلاف من تزويج البالغ مطلقا ، لأنه بالغ محجور عليه ، أشبه المفلس .

ومحل الخلاف في المجنون المطبق ، أما من يخنق أحيانا فلا يزوج إلا بإذنه ، ومن زال عقله ببرسام ونحوه إن رجي زوال علته فكالمخنق ، وإلا فكالمجنون . انتهى .

ووصي الأب في النكاح قائم مقامه ، فيزوج الصغير والمجنون كالأب ، لأنه قائم مقامه ، ونائب منايه ، وهذا يعتمد أصلا ، وهو أن ولاية النكاح تستفاد بالوصية ، (وهو إحدى الروايات) عن أحمد ، والمختار لجمهور الأصحاب ، القاضي وولده أبي الحسين ، والشريف وأبي الخطاب ، وابن عقيل والشيرازي ، وابن البنا وأبي وغيرهم ، لأنها ولاية ثابتة ، فجازت الوصية بها كولاية المال ، ولأن له أن يستنيب في حياته ، فكذلك بعد مماته كالمال ، (وعنه) واختاره أبو بكر لا يستفاد بذلك ، لأنها ولاية تنتقل إلى غيره ، فلم تجز الوصية بها كالحضانة ، يحققه أنه لا ضرر على الوصي في وضعها عند من لا يكافيها ، فهو كالأجنبي .

---

(١) شرح الزركشي، ٣٤٢/٢

٢٤٦٠ واستدل لها بما روى ابن عمر رضي الله عنه قال : توفي عبد الله بن مظعون وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم ، وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون ، قال عبد الله : وهما خالاي . قال : فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عبد الله بن مظعون فزوجنيها ، ودخل المغيرة بن شعبة يعني إلى أمها ، فأبيا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله ، فقال قدامة بن مظعون : يا رسول الله ابنة أخي أوصى بها إلي ، فزوجتها ابن عمتها ، فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ، ولكنها امرأة ، وإنما حطت إلى هوى أمها . قال : فقال رسول الله : (هي يتيمة ، ولا تنكح إلا بإذنها) قال : فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها ، فزوجوها المغيرة بن شعبة ، رواه أحمد والدارقطني . ولو استفاد ولاية النكاح بالوصية لملك **الإجبار** كالأب ، ولم يكن لها معه إذن ، وحمله القاضي على أنه كان وليا في المال ، ويرده تعليله بقوله : (هي يتيمة) ولم يقل : ولايتك في المال ، لا في النكاح ، لكن قد يقال : إن هذه واقعة عين فيحتمل أن هذه اليتيمة كانت ابنة تسع ، وهو الظاهر من القصة ، ويلتزم أن ابنة تسع لا يزوجها أبوها إلا بإذنها ، وكذلك وصيه في النكاح ، بل قد يقال إن هذا الحديث يستدل به على أن ولاية النكاح تستفاد بالوصية ، لأنه زوج بذلك ، ولم ينكر عليه النبي ذلك ، وقد يقال : إنما لم ينكر عليه لأن له ولاية بالعمومة ضائعا .

(وعن أحمد) رواية ثالثة حكاها القاضي في الجامع الكبير ، وهي اختيار ابن حامد إن كان ثم عصبة لم تستفد ، حذارا من إسقاط حقهم ، وإلا استفيدت ، لعدم

". (١)

" وإليها ميل أبي بكر ، وقال : العمل عليها عندي . لولا تواتر الروايات عنه بخلافها ، والله أعلم .

قال : على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، فأعلاه خادم ، وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلي فيها ، إلا أن يشاء أن يزيدها ، أو تشاء هي أن تنقصه .

ش : متى تراضيا في المتعة على شيء اتبع ما تراضيا عليه إذا كانا من أهل التراضي ، إذ الحق لهما لا يعدوهما ، وإن تنازعا رجع الأمر إلى الحاكم ، فيعتبر حالالزوج ، فيجعل على الموسع قدر سعته ، وعلى المقتر قدر قتره ، للآية يالكرمة ، ثم المشهور والمختار من الروايات للخرقي ، والقاضي ، وجماعة من أصحابه أنها مقدرة الاعلى والأدنى ، فأعلاها خادم ، وأدناها كسوة يجزئها أن تصلي فيها .

---

(١) شرح الزركشي، ٣٤٩/٢

٢٦٣١ لأن ابن عباس ترجمان القرآن قال : أعلى المتعة خادم ثم دون ذلك النفقة ، ثم دون ذلك الكسوة . رواه أبو حفص بإسناده .

٢٦٣٢ وعن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه طلق امرأته تماضر الكلبية فحممها بجارية سوداء يعني متعها . وإنما اشترطنا في الكسوة الواجبة بمطلق الشرع ، وهي الكسوة في الكفارة (والرواية الثانية) يرجع إلى اجتهاد الحاكم في ذلك ، لأن التقدير من الشرع ، ولم يرد (والرواية الثالثة) وهي أضعفها هي متاع بقدر نصف مهر المثل ، لأنها بدل عنه ، ولا تليق هذه الرواية بمذهب أحمد ، لأنه تنتفي فائدة اعتبار الموسع والمقتر ولا تبقى فائدة في إيجاب نصف مهر المثل أو المتعة إلا غايته أن ثم الواجب في روايتيه من رواية الميموني ، وسأله كم المتاع ؟ فقال : على قدر الجدة ، وعلى من قال تمتع نصف صداق المثل ، لأنه لو كان فرض لها صداقا كان لها نصف الصداق ، قال القاضي : وظاهر هذا أنها غير مقدرة ، وأنها معتبرة بيساره وإعساره ، وقد حكى قول غيره أن قدرها نصف مهر المثل ولم ينكره ، وظاهر هذا أنه مذہ ب له انتهى ، وهذا في غاية التهافت ، لأنه إنما حكى مذهب غيره بعد أن حكى مذهبه ، وإنما نقول على قول أنه حكى عن غيره قولا يكون مذهبا له ، إذا لم يبين في تلك الحكاية مذهبه ، ثم يلزم من هذا أن يكون قال قولين مختلفين في وقت واحد ، والله سبحانه أعلم .

قال : وإن طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك .

ش : إذا طالبته المرأة التي لم يفرض لها قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك ، لأن حقها ثبت بالعقد ، إذ النكاح لا يخلو من مهر ، وظاهر كلام الخرقي أن هذه المطالبة عند الحاكم ، لأنه الذي إليه الإجبار ، وإذا يفرض مهر المثل ، لأنه بدل البضع فيقدر به كالسلعة إذا تلفت ، فلو كانت المطالبة بغير حضرة الحاكم جاز ما اتفقا عليه ،

---

(١) ".

" إذ الحق لهما لا يعدوهما ، والله أعلم .

قال : فإن فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره ، وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيت به .

ش : قوله : فرض . يحتمل أنه مبني للمفعول ، والضمير راجع الحاكم ، ويرشحه أنه ساق ذلك بعد الإجبار مختص بالحاكم ، ويحتمل أنه مبني للفاعل ، والضمير راجع إلى الزوج ، ويرجحه أن الضمير في

---

(١) شرح الزركشي، ٤٣٢/٢

قوله : وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيت به له ، لأن الحاكم لا يفرض إلا مهر المثل ، فعلى الثاني : متى فرض لها الزوج مهر المثل لم يكن لها غيره ، لأنه الذي وجب لها بالعقد ، وكذلك إن فرض لها أزيد منه بطريق الأولى ، لكن قال أبو محمد : ولا يستقر لها ما لم ترض به ، وفائدة عدم استقراره أنه لو مات قبل الدخول كانت باقية على عدم الفرض ، فتجب لها المتعة ، وإن الدخول كانت باقية على عدم الفرض ، فتجب لها المتعة ، وإن فرض لها أقل من مهر المثل فرضيت وهي ممن يعتبر رضاها فلا شيء لها غيره ، لأن الحق لها ، وإن لم ترض رفع الأمر إلى الحاكم ، وعلى الاحتمال الأول وكذلك قد يجري على الثاني إذا طلقت قبل الدخول لم يكن لها على ظاهر كلام الخرقي إلا نصف ما فرض لها ، وهو إحدى الروايتين ، اعتبارا بحالها الراعنة ، وهي إذا مفروض لها ، فتدخل تحت قوله سبحانه : ١٩ (﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ﴾) (والرواية الثانية) يسقط ما فرض لها ، وتجب لها المتعة ، نظرا إلى حالها في حال الإبتداء ، والله أعلم .

قال : ولو مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه ، وكان لها مهر نسائها .

ش : قيد الشيخ رحمه الله هذا الحكم بقبل الإصابة وقبل الفرض ، لأن ذلك محل التردد والخلاف ، ولا نزاع في الإرث ، لعموم قوله تعالى : ١٩ (﴿ ولهن الربع مما تركتم ﴾) الآية ، وهذه زوجة بلا ريب ، وأما تكميل المهر فهو المذهب بلا ريب .

٢٦٣٣ لما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ، ولم يدخل بها حتى مات ، فقال ابن مسعود : لها صداق مثلها ، لا وكس ولا شطط ، وعليها العدة ، ولها الميراث . فقام معقل بن سنان الأشجعي رضي الله عنه فقال : قضى رسول الله في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت . ففرح بها ابن مسعود رضي الله عنه . رواه الخمسة ، وصححه جماعة منهم الترمذي ، وهذا لفظه . (وعن أحمد رواية أخرى) : لا يجب لها إلا نصف مهر المثل ، قياسا لفرقة الموت على الطلاق ، وهو باطل ابالنص ، وبأن الموت يتم به

". (١)

" القضية بذلك أن قسمته إياه بينهما كان عن إقرارهما ، لا عن بينة شهدت لهما بملكهما .

---

(١) شرح الزركشي، ٤٣٣/٢

ش : اوصل في جواز القسمة في الجملة الإجماع ، وقد شهد له قسم النبي خيبر على ثمانية عشر سهما ، وقسمه الغنائم ، وقوله (الشفعة فيما لم يقسم) ثم الحكمة تقتضي ذلك ، إذ بالشركاء حاجة إلى ذلك ، ليتمكن كل منهم من التصرف ، في حقه بما شاء ، ويتلخص من سوء المشاركة .

إذا ثبت ذلك فإذا أتى الحاكم اثنان أو أكثر فادعيا أنهما شريكان في ربع وهو العقار من الدور ونحوها أو نحوه ، وهو ما عداه من الأموال وسألاه أن يقسمه بينهما ، فإنه يقسمه بينهما وإن لم يثبت عنده ملكهما ، اعتمادا على ظاهر أيديهما ، ولهذا جاز شراؤه واتهابه منهما ونحو ذلك ، وإذا قسمه أثبت في كتاب القسمة أن قسمته بينهما بسؤالهما ، لا ببينة شهدت لهما ، حذارا من أن يكون لغيرهما ، وذكر الخرقي العقار لينبه على مذهب النعمان ، فإن عنده أن الشريكين إذا نسبوا العقار إلى إرث لا بد وأن يثبت الموت والورثة ، بخلاف غيره ، والشافعي إرث يعمم الثبوت في الجميع ، والله أعلم .

قال : ولو سأل أحدهما شريكه مقاسمته فامتنع الآخر أجبره الحاكم على ذلك ، إذا ثبت عنده ملكهما ، وكان مثله ينقسم ، وينتفعان به مقسوما .

ش : الأموال على ضربين (أحدهما) ما لا ضرر في قسمته ولا رد عوض ، كأرض واسعة ، ودكان كبيرة ، وقرية وبستان ، ومكيل أو موزون من جنس واحد ، وإن مسته النار كدبس ونحوه ، ومذروع متساوي الأجزاء والقيمة ، فلا تنقص قيمته بقطعه ونحو ذلك ، فهذا تجب قسمته إذا طلب أحد الشريكين ذلك ، لتضمنه جلب مصلحة من تصرف كل واحد منهما في ماله بحسب اختياره ، من غراس وبناء وإجارة وغير ذلك وزوال مفسدة ، وهي ضرر الشركة ، وإن مبني الشريعة على ذلك .

واشترط الخرقي مع ذلك أن يثبت عند الحاكم ملكهما ، وأقره أبو محمد على ذلك مريدا ببينة ، ومعللا بأن الإجبار على القسمة حكم على الممتنع منهما ، فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه ، وفي هذا نظر ، فإنهما إذا أقرا بالملك فينبغي أن يلزما بمقتضى إقرارهما ، فيجبر الممتنع منهما على القسمة ، كما لو قامت البينة بذلك ، وقد أهمل هذا الشرط أبو الخطاب وأبو البركات ، وابن حمدان في الصغرى ، وألحقه بخطه في الكبرى ، ويحتمل أن يكون مراد الخرقي بثبوت الملك ما هو أعم من البينة أو الإقرار ، ويحترز عما إذا ادعى أحدهما الشركة وأنكر الآخر ، وسكت غيره عن ذلك لوضوحه .

(الضرب الثاني) ما في قسمته ضرر أو رد عوض ، كذار صغيرة وحمام ، أو

". (١)

" الأصحاب لأنها تنفرد عن البيع باسم وحكم ، فلم تكن بيعا كسائر العقود ، يحقق ذلك دخول الإجبار فيها مطلقا ، وليس لنا نوع من البيع كذلك ، ووقع في تعاليق أبي حفص العكبري عن شيخه ابن بطة ، أنه منع قسمة الثمار التي يجري فيها الربا خرصا وأخذ من هذا أنها عنده بيع ، كما أخذ من نص أحمد على جواز الخرص في هذه الصورة أنها إفراز ، وذلك لأنه يبذل نصيبه من أحد السهمين ، بنصيب صاحبه من السهم الآخر ، وهذا حقيقة المنع .

وينبني على الخلاف فوائد (منها) جواز قسمة الثمار التي يجري فيها الربا بالخرص (ومنها) جواز قسمة المكيل وزنا والموزون كيلا (ومنها) التفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض في المبيع (ومنها) إذا حلف لا يبيع فقسم أنه لا يحنث (ومنها) جواز قسمة العقار الموقوف أو بعضه ، وعلى قول ابن بطة ينعكس جميع ذلك ، ولو كان بعض العقار وقفا ، وبعضه طلقا ، واحتيج إلى رد عوض ، فإنه يتوقف كما تقدم على التراضي ، ثم إن كان العوض من صاحب الطلق لم يجز ، لأنه يشتري بعض الوقف ، وإنه ممتنع ، وإن كان من رب الوقف جاز على الأصح ، المقطوع به عند أبي محمد ، وعلى كلا القولين لا يوجب شفعة ، وينفسخ بالعيب ، والله أعلم .

قال : وإذا قسم طرحت السهام ، فيصير لكل واحد ما وقع سهمه عليه ، إلا أن يتراضيا فيكون لكل واحد منهم ما رضي به .

ش : أي وإذا أريد القسم طرحت السهام ، ويصير لكل واحد من الشركاء ما وقع سهمه عليه ، إذ القرعة دخلت لقطع التنازع ، وبيان المستحق ، وقد حصلت فوجب أن يترتب حكمها عليها ، فإن تراضيا على أن يأخذ كل واحد سهما بغير قرعة جاز ، لأن الحق لهما لا يتجاوزهما ، ويكون اللزوم هنا بالتراضي والتفرق كالبيع .

وظاهر كلام الخرقي يشمل كل قاسم ، ونوعي القسمة ، وكذلك تبعه على هذا الإطلاق أبو الخطاب في الهداية ، وأبو البركات والشيرازي وابن البنا ، وأبو محمد في المقنع ، وزاد أبو الخطاب ومن تبعه قولا أنها لا تلزم فيما فيه رد ؛ بخروج القرعة إلا بالرضا لأنها إذا بيع بعد القرعة ، وعلى مقتضى هذا التعليل جميع قسمة التراضي لا تلزم إلا بالرضا ، وفصل أبو محمد في المغني والكافي فقال في قاسم الحاكم في قسمة الإجبار : تلزم القسمة بخروج القرعة ، إذ قرعة قاسم الحاكم كحكمه ، وفي قسمة التراضي وجهان

---

(١) شرح الزركشي، ٣/٣٨٥

(أحدهما) كالأول ولما تقدم (والثاني) لا تلزم إلا بالتراضي ، لأنها إذا بيع ، وجعل حكم قاسمها حكم قاسم الحاكم إن كان بصفته ، وإن كان كافرا ، أو غير عارف بالقسمة ونحو ذلك لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما ، كما لو قسما بأنفسهما ، وتبعه على ذلك ابن حمدان ، وعلى هذا التفصيل كلام الخرقي ومن تبعه محمول على قاسم الحاكم .

(تنبيه) كيفما أقرع جاز إلا أن الأولى عند الأصحاب أن يكتب اسم كل شريك

---

(١) ".

" أحمد وأبو داود بمعناه ، وقال فيه : (لو شهدته قبل أن يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين) ولأنه حق في تفريقه ضرر ، فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الإجبار مع الطلب إجماعا ، وبذلك يبطل قول الخصم : إنه مخالف للقياس ، ثم لو سلم ذلك فالحجة في قول رسول الله مطلقا : ويدل على دخول القرعة في المشتبهات في الجملة قوله سبحانه : [ب ٢] ١٩ (﴿ فساهم فكان من المدحضين ﴾) [ب ١] وقوله سبحانه : [ب ٢] ١٩ (﴿ وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ﴾) [ب ١] ولا يعترض على هذا بأنه منسوخ ، لعدم جوازه في شريعتنا ، لأنا نقول : دل ذلك على شيئين ، مشروعية القرعة مطلقا في الكفالة ، وإلقاء واحد من الجماعة في اليم ، وامتناع القرعة في دين لا يدل على عدم مشروعية القرعة مطلقا ، كيف وقد حصل تواتر معنوي على مشروعيتها ، قال أحمد : في القرعة خمس سنن :

٣٨٩٤ أقرع بين نسائه ، وأقرع بين ستة مملوكين .

٣٨٩٥ وقال لرجلين (استهما) .

٣٨٩٦ وقال : (مثل القائم بحدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة) .

٣٨٩٧ وقال : (لو يعلم الناس في في النداء والصف الأول لاستهموا عليه) . انتهى .

٣٨٩٨ ولما تشاح الناس في الأذان يوم القادسية أقرع بينهم سعد ، وهذا إجماع من الصحابة على مشروعية القرعة ، وصفة القرعة أن يقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق ، فمن خرج له سهم الحرية عتقه دون الآخرين ، فيكتب ثلاث رقاع ، في واحدة حرية ، وفي اثنتين رق ، وتترك في ثلاث بنادق شمع أو طين ، وتغطى بثوب ، ويقال لمن لم يحضر : أخرج بندقة لهذا ، فإن خرج له رقعة حرية عتق ، وورق الآخران ، وإن خرجت رقعة رق رق ، وأخرجت أخرى على آخر ، فإن خرجت رقعة الحرية عتق ورق الثالث

---

(١) شرح الزركشي، ٣/٣٨٧

، وإن خرجت رقعة رق رق ، وتعين عتق الثالث ، لانحصار العتق في الثلاثة ، ولا تتعين هذه الصفة ، بل كيف ما أقرع جاز ، وهذا في الصورة التي ذكرها الخرقي ، وهي إذا استوت قيمتهم ، أما إن اختلفت فلذلك صور ليس هذا موضع بيانها . واعلم

". (١)

" منهم من منع مطلقا ، ومنهم من أجازه ومنع **الإجبار** ، وكلا القولين للشافعي رحمه الله . و الله أعلم .

قال : ولا حد على من قذفها .

٣٩٣٦ ش : هذا منصوص أحمد قال : ابن عمر رضي الله عنهما يقول : عليه الحد ، وأنا لا أجترىء على ذلك ، إنما هي أمة ، أحكامه أحكام الإماء ، وقد أشار أحمد في النص إلى التعليل ، وهو أن حكمها حكم الإماء ، فكذلك في القذف ، بل أولى ، لأن الحد يحتاط لإسقاطه ، ويدرأ بالشبهة ، وهذا هو المذهب عند الأصحاب (وعن أحمد) رواية أخرى : عليه الحد ، نقلها أبو طالب ، فقال : إذا كان لها ابن يحد ، إنما أراد ابنها ، واحتج بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ، وهذه الرواية أيضا معللة من أحمد ، ثم إن كثيرا من الأصحاب يطلق هذه الرواية ، وظاهرها أنها مقيدة بما إذا كان لها ولد ، وهو ظاهر كلام القاضي في التعليق ، قال بعد أن حكاها : فأوجب الحد لا لأجلها ، لكن لأجل ما يقدح في نسب ولدها ، وعلى هذا ينتفي الخلاف إذا لم يكن لها ولد ، فيكون المذهب رواية واحدة أنه لا يحد قاذفها ، ويكون ملح الخلاف فيما إذا كان لها ابن حر ، واشترط حرية الابن ، وإن لم يكن في نص أحمد ، لكنه معلوم قطعا ، إذ صيرورتها أم ولد مشترط بذلك كما تقدم . وينبغي إجراء الروايتين فيما إذا كان لها زوج حر ، وكذلك ينبغي إجراؤها في الأمة القن ، والحال ما تقدم ، ونظير ذلك لو قذف أمة أو ذمية لها ابن أو زوج مسلمان ، فهل يحد ؟ وعلى الروايتين ، ذكرهما أبو البركات ، وغيره ، وينبغي أن يقيد الابن والزوج بأن يكونا حرين والله أعلم .

قال : وإن صلت أم الولد مكشوفة الرأس كره لها ذلك وأجزأها .

---

(١) شرح الزركشي، ٤٤٧/٣

ش : قد تقدم ذلك في الصلاة ، فلا حاجة إلى إعادته ، إلا أنه ثم قال : يستحب أن تغطي رأسها . ونص هنا على أن تركها المستحب يكون مكروها ، فقد يؤخذ من كلامه أنه حيث نص على الاستحباب يكون تاركه فاعلا لمكروه ، وإن لم يكن في كلامه ما يخالف ذلك ، والله أعلم .

قال : وإن قتلت أم الولد لسيدها فعليها قيمة نفسها والله أعلم .

ش : لأن الجناية وجدت منها وهي مملوكة ، وجناية المملوك لا يجب فيها أكثر من قيمته ، ولم تستقر وهي حرة ، وإنما وجد الاستقرار والحرية وفي حال واحدة ، فلم يتقدم شرط وجوب دية حر وهو حريتها ، وقد أطلق الخرقي والقاضي وجماعة من أصحابه ، وأبو محمد في كتبه ، أن عليها قيمة نفسها ، وقال أبو الخطاب في كتابيه ، وأبو البركات ، وابن حمدان : عليها الأقل من قيمتها أو أرش جنايتها ، ولعل إطلاق الأولين محمول على الغالب ، إذ الغالب أن قيمة الأمة لا تزيد على دية الحر ، وقد حكى ابن المنجا عن أبي محمد في المغني أنه قال فيه : يجب أن يقال الواجب الأقل .

". (١)

" الثاني إذا جامع دون الفرج فأنزل ووصل ماؤه إلى فرجها فإن أنزلت وجب الغسل وإن لم تنزل ولم تلتذ لم يجب وإن التذت ولم يظهر منها إنزال فقولان الوجوب لأن التذاذهاا قد يحصل به الإنزال وهو الغالب وهو مقتضي قول مالك رحمه الله عليه في الكتاب لقوله لا يجب عليها إلا أن تكون قد التذت وعدم الوجوب رواية لابن القاسم عن مالك قال صاحب الطراز إذا قلنا تبطل الطهارة برفض النية وجب عليها الغسل ويؤيد قول مالك قوله عليه السلام في الصحيح

إذا جلس بين شعبها الأربع ومس الختان الختان وجب الغسل

فالشرط التقاء الختانين تمهيد يوجب التقاء الختانين نحو ستين حكما وهي تحريم الصلاة والطواف وسجود القرآن وسجود السهو ومس المصحف وحمله وقراءة القرآن والإقامة في المسجد ويفسد الصوم ويوجب فسق متعمدة والكفارة لذلك والتعزيز عليه وفساد الاعتكاف والتعزيز عليه وفسق متعمدة لا سيما إذا تكرر أو وقع في المسجد وفساد الحج والعمرة وفسق متعمدة والتعزيز عليه والهدي وأما المضي في الفاسد فمسبب عن الإحرام وتحليل المبتوتة وتقرير المهر المسمى في الصحيح والمثل في الفاسد ووطء الشبهة والتفويض والعدة والاستبراء في المملوكة قبل الملك وبعده والمستكرهة والجلد والتعزيز في الزنا

---

(١) شرح الزركشي، ٤٨٦/٣

والرجم والتفسيق وتحريم المظاهرة في الحلال والحرام ولحوق الولد في الحلال والإماء المشتركات ووطء الشبهات وجعل الأمة فراشا وإزالة ولاية **الإجبار** عن الكبيرة وتحصين الزوجين والفيئة في الإيلاء والعود في الظهار على الخلاف وتحريم أم الزوجة وجداتها وبنت الزوجة وبناتها وبنات أبنائها وفسق المتعمد لارتكاب الممنوع من ذلك وتحريم الجمع بين الأختين في الإماء وتفسيق فاعله وتحريم وطء الزوج في استبراء وطء الشبهة وتعزيزه لمن فعل وكل موضع حرم على الرجل المباشرة حرم على المرأة التمكين إذا علمت بالتحريم أو ظنته ظنا معتبرا

---

(١) ".

" عن كفارة أخرى سؤال المقصود من الإطعام هو أحد الجانبين وسد خلة المساكين وهما حاصلان بإطعام مسكين ذلك الطعام في ستين يوما لسد ستين خلة فما الفرق جوابه أن الجماعة يمكن أن يكون فيهم ولي أو أولياء لله تعالى فيكون إطعامهم أفضل ولأنه يرجى من دعائهم ما لا يرجى من دعاء الواحد أصله الصلاة على الجنازة ولذلك أوجب (ش) في الزكاة الدفع للأصناف وقال اللخمي يقتضي المذهب **الإجبار** على الكفارة ولا توكل إلى الأمانة فمن ادعى إسقاطها لجهل أو تأويل لا يصدق إلا أن يأتي بما يشبه وقال القياس هي موكولة إلى الأمانة الحكم الخامس قال سند قال مالك العقوبة لمن تعمد الإفساد إن ظهر عليه ولم يأت مستفتيا لأنه & لم يعاقب السائل وكيلا يمتنع الناس عن الاستفتاء الحكم السادس في الجواهر قطع التتابع فيما يشترط فيه فإن أفطر فيه لغير عذر أو عذر يمكنه دفعه كالسفر فأما ما لا يمكنه من سهو أو مرض أو عدة أو حيض فلا وفي الجلاب إن تعمد صيام ذي الحجة مع علمه بأيام التشريق لم يجزه وإن جهل أفطر وبنى ويستحب له الابتداء ولو صام شعبان ورمضان لكفارته وفرضه قضى ثلاثة أشهر الحكم السابع قطع النية الحكمية وفي الجواهر تنقطع بإفساد الصوم أو تركه على الإطلاق ولعذر أو لغير عذر أو بزوال التحتم كالسفر والمرض

---

(٢) ".

---

(١) الذخيرة، ٢٩٣/١

(٢) الذخيرة، ٥٢٧/٢

" بخلاف المال وإذا قلنا باشتراطها فهل يكفي أي ولي كان أو لا بد من تقديم الولاية الخاصة على مراتبها على الولاية العامة قال صاحب المفهم قولان لمالك ثم هي على المذهب قسمان خاصة للقرابة الولاء والملك وعامة للإسلام وفيها ثمانية أبحاث البحث الأول في الأسباب المفيدة لها وهي تسعة السبب الأول الأبوة وهي أعظمها لأن مزيد شفقة الأب على القرابات يوجب من سداد النظر ما لا يهتدي إليه غيره غالبا لا جرم اختص **الإجبار** به بأحد علتين الصغر أو البكارة فيجير الصغيرة وإن كانت ثيبا والبكر وإن كانت بالغا **وبالإجبار** قال ش وابن حنبل خلافا ل ح وجوز للولي تزويج الصغير والصغيرة كان أبا أو غيره ولا خيار لهما بعد البلوغ إن كان العاقد أبا أو جدا لمزيد شفقتهما ولهما الخيار بعد البلوغ مع غيرهما ولا تجبر الثيب البالغ عندنا لعدم العلتين وفي البكر المعنسة روايتان نظرا للبكارة وعدم مباشرة الوطء أو يقال طول عمرها يفيدها بالسماع ما يحصل من الاستمتاع وفي الجواهر قال ابن القاسم سنها أربعون وروى ابن وهب ثلاثون وفي المنتقى خمسة وأربعون ونقل غيره خمسون وحيث قلنا **بالإجبار** فيستحب الاستئذان جمعا بين المصالح وفي المنتقى ل يلحق الجد بالأب عندنا خلافا ل ش لأن الأب يحجبه في الميراث فلا يجبر قياسا على الأخ

---

(١) ".

" (تفريع) في الكتاب يجوز تزويجه الصغيرة بأقل من مهر المثل على وجه النظر وإذا طلقت البكر قبل البناء أو مات عنها فولايته على حالها فإن بنى بها انتفى **الإجبار** وتسكن حيث شاءت إلا أن يخشى سوء حالها فيمنعها الأب وغيره من الأولياء والزنا لا يسقط **الإجبار** خلافا ل ش لأنه يوجب مزيد الحياء المانع من التصريح بمصالح النكاح وبخلاف التزويج الحرام للحوق الولد وسقوط الحد فآثار التزويج موجودة وفي المقدمات إذا زنت أو غصبت قيل كالبكر مطلقا وقيل كالثيب مطلقا وقيل كالبكر في الاكتفاء بالصمت وكالثيب في اشتراط الرضا قال ابن يونس قال عبد الوهاب ألزمت في المناظرة إذا تكرر منها الزنا حتى تجاهر به فالتزمت التسوية وفي الكتاب إن دخل بها ثم فارقها قبل المسيس سقط **الإجبار** لمعرفتها بمصالح النكاح بسبب الخلطة إن كان ذلك سنة ونحوها والقرب ملغى وإن تنازعا في الوطء نظر إلى قريب المدة وبعيدها قال ابن يونس قال ابن حبيب للأب تزويجها بربع دينار وصداق مثلها ألف دينار من فقير وضرير وعلى ضرة وغير الكفوء إلا مجنونا مخوفا أو أبرص قبيحا أو مجذوما مقطعا ففي هذه الثلاثة لها

---

(١) الذخيرة، ٢١٧/٤

المقال وتسقط ولايته عنها قال مالك ولو رجعت ثيبا بالنكاح قبل البلوغ ثبت الجبر لعلة الصغر عند ابن القاسم خلافا ل ش وقال سحنون يجبرها وإن حاضت لأن البلوغ لا يسقط **الإجبار** بدليل البكر

". (١)

" وروي في الطويل المزيل للإجبار لا يحد بسنة بل بالعادة وفي الجواهر لا أثر للتسوية بزوال البكارة بالسقطة ونحوها (فرع) قال إذا التمست الثيب البالغ التزويج وجبت الإجابة وإن ثبت **الإجبار** ولا يكون الأب عاضلا برد خاطبين في ابنته البكر وغيره عاضلا برد كفوء والكفوء الذي تعينه المالكة لأمرها أولى مما عينه الولي (تفريع) في التلقين للأب إنكاح صغير الذكور وكذلك الوصي والحاكم وقال اللخمي وأما الذكران فللأب إجبار الصغير وقاله ح خلافا ل ش عملا بما يظن من شفقة الأبوة من تحصيل المصالح وأختار في الكتاب تزويج الكبير استقلالا ومنعه في كتاب محمد لأن الغالب عليه الرشد إذا بلغ فتصرفه لنفسه أولى وقال أيضا له ذلك إذا زوجه من ذات شرف أو ابنة عم وأجاز ابن القاسم إجبار البالغ السفيه قال ومنعه عبد الملك واستحب مالك عدم تزويج المغلوب على عقله لعدم انتفاعه به وللسفيه أربع حالات إن خشي الفساد وأمن الطلاق وجب الإنكاح وإن أمن الفساد والطلاق أبيح إلا أن يدعو إليه فيجب وإن خشي

". (٢)

" الفرق ويؤكده أنه حق للأب في حياته فيكون له الاستخلاف فيه بعد وفاته كالمال وفي الكتاب للوصي تزويج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي فإن عقد وليها برضاها لم يجز إلا أن يرضى الوصي فإن اختلفوا نظر السلطان ووصي الوصي كالوصي وإن بعد في البكر وقال يحيى بن سعيد الوصي أولى من الولي ويشاور الولي قال مالك والوصي في الثيب كالولي لاستقلالها بنفسها وليس لأحد تزويجها قبل البلوغ إلا الأب دون الوصي وغيره وللأب والوصي تزويج الصغير ويوكلا في ذلك بخلاف غيرهما والمرأة الوصي لا تلي العقد لنقصها عن مرتبة ذلك لكن توكل رجلا بعد بلوغ الصبية ورضاها وقبل ذلك فلا قال اللخمي **الإجبار** للآباء ولمن أقاموه في حياتهم أو بعد وفاتهم إذا عين الأب الزوج فإن فوضه إليه فله **الإجبار** ممن

---

(١) الذخيرة، ٢١٨/٤

(٢) الذخيرة، ٢١٩/٤

يراه قبل البلوغ وبعده على المعروف من قول مالك ومنع عبد الوهاب إجباره لاختصاص الأب بمعنى لا يوجد في غيره من مزيد الشفقة وإذا زوج الوصي صغيرة من غير حاجة فسخ فإن بلغت قبل النظر قيل فاسد وإن رضيت به لوقوعه على خلاف المشروع ويفرق بينهما إلا أن يطول بعد الدخول وقيل جائز يتعلق به حقها إن اسقطته سقط وإن ردته بطل إلا أن يطول بعد الدخول أو يدخل بها عالمة بالخيار قال ابن القاسم ولم يبلغ مالك بهما قطع الميراث وأرى أن يتوارثا لإجازة أكثر الناس له وفي الجواهر قال عبد الملك لا يزوج وصي إلا أن يكون وليا إنما هو وكيل في المال لأن المعنى الذي لأجله أثبت الشرع ولاية القرابة مفقود فيه وهي الشفقة الجلية قال صاحب التلخيص إن أوصى من غير بيان فلا يزوج الإناث قبل البلوغ ولا بعده

". (١)

" النسب وفي الجواهر المولى الأعلى كالعصبات عند عدمها فإن كان المعتق امرأة استحلفت رجلا ولا ولاء للأسفل على الأعلى لأن الولاية سبب تصرف واستيلاء على المولى عليه ولا يناسب الاستيلاء المنعم عليه وقيل له الولاية تسوية بين النسب والولاء قال أبو عمران وليس بشيء (فرع) في الكتاب من اعتق صغيرا أو صغيرة لم يجز عقده عليهما حتى يبلغا لأن ولاية الإجبار خاصة بالآباء والملاك السبب الخامس التولية لقوله عليه السلام أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له وفي الجواهر إنما يزوج السلطان البالغة عند عدم الولي أو غيبته أو عضله ولا يزوج اليتيمة حتى تبلغ قال الأستاذ أبو بكر هو الصحيح من المذهب وقال عبد الوهاب هو أظهر الروايات والذي عليه الفتيا على أي وجه كانت وإليه رجع مالك لما يروى عنه عليه السلام لا تزوج اليتيمة حتى تبلغ وروي أن جملة الأولياء يزوجونها ولها الخيار إذا بلغت وروي إن دعتها حاجة وضرورة ومثلها يوطأ ولها في النكاح مصلحة جاز لأن التأخير إنما هو حق لها قال أبو الطاهر ولا خلاف بين المتأخرين في التي يخشى عليها الفساد أنها تزوج وإذا فرعنا على المنع فروي يفسخ وإن بلغت ما لم يدخل وقيل ينظر فيه الحاكم وقيل الخيار لها بعد البلوغ ومنشأ الخلاف تردد الفائت بين حق الله وحقها

---

(١) الذخيرة، ٤/٢٢٤

(١) ".

" كان صوابا قاله مالك وقال غيره لا يجوز وإن أجازه الولي قال اللخمي فيها خمسة أقوال الثلاثة المتقدمة وروي امضاؤه بالعقد وقال القاضي إسماعيل الذي يأتي على مذهب مالك أن الدخول فوت وفي السلمانية يفسخ ولو ولدت الأولاد ولم يختلف المذهب أن ولاية الإسلام صحيحة وأن للولي منع وليته من الوقوع في المعرة ومنشأ الخلاف هل تقديم الولي الخاص على العام حق الله تعالى فلا تفيد الإجازة أوله فتفيد إجازته وعلى التقديرين فهل ذلك واجب أو مستحب (فرع) فلو وكلت أجنبيا فزوجها ولها وليان أقرب وأبعد فأجازه الأبعد ورده الأقرب رد بخلاف عقد الأبعد مع وجود الأقرب أنه لا يرد لأنه نكاح عقده ولي وها هنا أجنبي فإن غاب الأقرب وأراد الأبعد فسخه بعث إليه السلطان وانتظره إن كان الغيبة قريبة وإلا فالسلطان يقوم مقامه في الرد والإجازة وهو أولى من البعيد لأنه وكيل الغائب وفي الجواهر إذا زوج بالولاية العامة مع الخاصة **الإجبارية** كالأب والسيد فسخ على كل حال وليس للأب والسيد إجازته لقوة حق ولاية **الإجبار** لله تعالى نظرا لمولى عليه وروي في السيد الإجازة تغليبا لحقه بسبب المالية وعنه رواية في الدنية لا تجوز بالولاية العامة مع الخاصة فإن لم تكن ولاية خاصة إلا ولاية الحكم منع الولاية العامة ولو في الدنية ليلا تضيع الفروج وجوزه مرة في البادية إذا كان صوابا لأنه ليس كل امرأة تصل إلى السلطان وروى ابن القاسم جوازه في الدنية وأنكره عبد الملك

---

(٢) ".

" أنه عليه السلام جعل عتق صفية صداقها وجوابه أنه خاص به عليه السلام كالموهوبة ويؤيده أن العقد إن وقع قبل العتق ناقضه الملك أو بعده امتنع **الإجبار** ولأن العتق إن تقرر لها حالة الرق تناقض أو حالة الحرية والصداق يتقدم تقديره قبل العقد فيقع العقد حالة امتناع **الإجبار** مجبرا وهو محال فيتعين اختصاصه به عليه السلام وقاله الرواة ما لم ير صداق ويكون نكاح تفويض أو بغير صداق وهو جائز له & وفي التلقين إن أعتق أمته على أن تتزوجه بعد العتق لم يلزمها ذلك وإن شرط أن عتقها صداقها لم يصح ولزمه الصداق (فرع) قال صاحب البيان إذا أعطاها مالا فاستحق فهل تمنعه من التمادي على وطئها حتى يوفيها حقها أربعة أقوال له ذلك غرها أم لا الفرق بين أن يغرها أم لا يكره التمادي قاله محمد تمتنع

---

(١) الذخيرة، ٤/٢٣١

(٢) الذخيرة، ٤/٢٤١

حتى يعطي ربع دينار إن استحق جميعه وإلا فلا فإن تزوجها على بستان عشرة فرز فظهر خمسة قال ابن القاسم لها قيمة الخمسة إن رضيت إمساكه ولو ردته فقيمة جميعه على أنه عشرة كالاستحقاق قال والقياس أن لها الرد وصداق المثل أو التماسك ونصف صداق المثل قياسا على البيع (فرع) قال إن تزوجها بمال حرام قال مالك أخاف أن يكون زنا لأن الله تعالى يقول ! (أن تبتغوا بأموالكم) ! النساء ٢٤ وهذا ليس ماله ولكني لا أقول ذلك

". (١)

" وبعده وترجع بعده إلى صداق المثل لأن مقتضى الفسخ تراد العوضين ولا يرجع على الولي لأنه وكيل ويرجع عليها إن غرت ووافقنا ابن حنبل لنا قول عمر وعلي رضي الله عنهما أيما رجل نكح امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها من غير مخالف لهما فكان إجماعا تنبيه في الجلاب إذا اطلع على عيبها فطلقها واختار ردها قبل الدخول فلا شيء لها قال الشراح هذه العبارة تجوز لأن بعد الطلاق يتعذر الرد بل معناه فردها وطلقها بالرد (فرع) قال ابن يونس إذا كان الولي معدما أو مات دون شيء لم يرجع على المرأة قاله ابن القاسم وقال ابن حبيب يرجع عليها إن كانت ملية أو على أولهما يسرا إن كانت عديمة كالضامن مع المضمون عليه قال محمد إن علم البعيد ذلك منها رجع عليه بالإقرار أو بالبينة ويحلف إن ادعى الزوج عليه بأمر علمه فإن نكل حلف لقد علم وغرني فإن نكل فلا شيء له عليها لإقراره بغرر الولي (فرع) قال فإن زوج الأخ البكر بإذن الأب فالغرم على الأب أو الثيب فعلى الأخ لانتفاء الإجبار وإن زوج غير ولي غارا رجع عليه إلا أن يعلم أنه غير ولي كالموكل على البيع ويعلم المشتري الوكالة

". (٢)

" جاز لأنه معروف قال ابن الكاتب : وعلى هذا لو مات المعرى قبل يبسها أخذ من تركته خرصها لأنه دين عليه وعلى قول ابن القاسم : له إجباره قبل الأجل على القبض لأنه جعله كطعام من قرض قال : والصواب : عدم الإجبار لأنه بيع

---

(١) الذخيرة، ٣٨٩/٤

(٢) الذخيرة، ٤٢٦/٤

فرع في (الكتاب) : يمتنع بيعها بعجوة من صنفها من حائط آخر معين لأنه كالسلم في المعين وإنما يجوز في الذمة قال المازري : فإن وقع فقيل : يفسخ للفساد وقيل : لا يفسخ بل يفسخ التعيين وتنتقل الثمرة للذمة إلى أجله لأنه منشأ المفسدة

فرع قال المازري : يجوز اشتراط ثمر أجود لأنه أبلغ في المعروف وإن كان لدفع الضرر فلا تمهيد قال المازري : العرية دائرة بين القرض لأنها معروف وبين البيع لأنها معاوضة ويتخرج على هذا بيع التمر الذي اشترى به العرية قبل قبضه وبالجواز قال الشيخ أبو الحسن بن القابسي : لأن للمعري أن يدفع عين المشترى فيما عليه كما أن للمقترض دفع ما أخذ فيما عليه بل المقترض ليس له دفع ما أخذ إذا تغير والمعرى له دفع ما اشترى وإن ، تغير الثمر فهو أوسع من القرض وقيل : يمتنع لأنه بيع الطعام قبل قبضه ويتخرج على هذا الأصل : جبر المعري على قبض المعرى قبل الجذاذ ووضع الجائحة في العارية

فرع قال ابن يونس : إذا اشترى خمسة أوسق بخرصها وبقية العرية بذهب

". (١)

" سبب منه ليس لك سدها وان تسبب في ذلك سددتها وقال أصبغ إذا خرج في ارض جارك قضيب من شجرة في حائطك من تحت الأرض فصار شجرة خير جارك بين قلعها أو يعطي لك قيمتها لأنها من غير مالك المعصوم والماء لا يملك إلا بالحوز وما خرج منه لجارك لم تحزه ولو كانت إذا قطعت وغرست نبتت فلك قلعها ولا يخير وقال في المجموعة يعطيك قيمتها مقلوعة ما لم يضربك بأن تشرب من عندك وإلا فلك قلعها إلا أن يقطع عروقها المتصلة بشجرك وتعطى قيمتها مقلوعة

فرع – قال قال مطرف يمنع ما أضر بالناس من إحداث الأبرجة تضر بالزرع أو النحل تضر بالشجر وكذلك الدجاج والإوز الطيارة بخلاف الماشية لأن الاحتراس منها ممكن ودخل الناس عليه في العادة وجوز ابن القاسم اتخاذ النحل والحمام قياسا على الماشية وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم

فرع – قال قال مالك إذا سقط الجدار بينكما وهو لأحدكما لم يجبر على بنائه لأنه لا يجب عليه سترك بملكه أو لكما جبر الممتنع منكما على البناء مع صاحبه لأنه من أحكام الشركة وفي العتبية إذا كان لأحدهما فهدمه أو انهدم بغير فعله وترك رده ضررا – وهو قادر على بنائه جبر على رده فان عجز ستر الآخر على نفسه بالبناء في حقه وان هدمه للضرر اجبر على الإعادة أو هدمه لنفعه ثم عجز أو استغنى عنه

---

(١) الذخيرة، ٥/٢٠٥

لم يجبر قال ابن حبيب لا يجبر عند ابن القاسم إذا انهدم ويجبر عند ابن كنانة وأجمعوا على **الإجبار** إذا هدمه

---

(١) ".

" ح **الإجبار** على قسم المنافع في سكنى الدار ولباس الثوب واستخدام البلد لما روي في مسلم إن امرأة وهبت نفسها للنبي & فقال له رجل زوجنيها إن لم يكنلك بها حاجة فطلب منه & الصداق فقال لا اجد إلا ازراي هذا لها نصفه فقال له & وما تصنع بازراك إن لبسته لم يكن عليها منه شيء وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء فدل ذلك على إن لكل واحد لبسه حالة استحقاقه وهو عين القسم وجوابه إن الحديث لم يتعرض للاجبار وإنما النزاع فيه لا في توزيع اللبس (فرع) في الكتاب إذا اقتسما ارضا على إن لا طريق لأحدهما على الآخر ولا طريق إلا عليه أمتنع لأنه ليس من قسم المسلمين (فرع) في الكتاب لا تقسم المختلفات بالقرعة كالدور والارضين أو البقر والغنم وتجوز في دارين في موضع جديدة ورثة أو دار بعضها جديد وبعضها رث لأنه صنف واحد كالرقيق فيه العلي والدني فإن كان الصنف الواحد لا يحمل القسم بيع على الجميع إلا أن يتراضوا بغير قرعة وإن كان متاع وحلي قسم المتاع بالقيمة والحلي بالوزن إلا أن يكون فيه جواهر لا تقارنه والفضة أو الذهب قدر الثلث فأدنى أو كانت سيوفا محلاة حليه كل سيف الثلث قسم بالقيمة تغليبا للعروض كالبيع وإلا فلا

---

(٢) ".

" والنقص في المعرفة حاصلين وعن شريح قال : [كتب] إلي عمر – رضي الله عنه – أن لا أجيز للجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها وتلد ولدا ولأن **الإجبار** للأب باق وهو حجر فيعم الحجر ومنعوا صحة الأول وفرقوا في الثاني بأن مصلحة النكاح إنما تعلم بالمباشرة وهي متعذرة ومباشرة البيع والمعاملة غير متعذر ومنعنا نحن التمسك بالآية أيضا لأن قوله تعالى ! (فإن آنستم منهم رشدا) ! معناه إصلاح المال اجماعا ونحن نمنع تحققه قبل الغاية المذكورة وأما الجارية والغلام اللذان لا وصي لهما ولا جعلهما القاضي تحت ولاية غيرهما فبلغا لا يخرجان من الولاية إلا بالرشد قاله ابن القاسم طردا للعلة تقدم الحجر

---

(١) الذخيرة، ١٨٠/٦

(٢) الذخيرة، ٢٠١/٧

أم لا وعند أكثر أصحاب مالك : أفعالهما نافذة بمجرد البلوغ لعدم تقدم الحجر والبلوغ مظنة الرشد وكمال العقل قال اللخمي : اختلف في وقت الابتلاء لمن كان في ولاء ففي الموازية : بعد البلوغ لأن تصرفه قبله غير صحيح والاختبار بعد وجوده وعند الأبهري : وغيره يصح قبل البلوغ وقاله (ش) وابن حنبل لقوله تعالى ! (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) ! فجعل البلوغ غاية للابتلاء وبعده وعقب البلوغ بالرفع بصيغة الفا وقال أصحاب ابن حنبل : يختبر أولاد التجار بتعريضهم للبيع وأولاد الكبراء بدفع نفقة مدة والمرأة بالتوكيل في شراء الكتان وفي كل أحد بما يليق به وما ينبغي مخالفتهم في هذا واختلف في اختباره بماله : فظاهر قول مالك المنع لقوله : إذا فعل ذلك ولحقه دين لم يلحق ذلك الدين المال الذي في يده وجوزه عبد الوهاب لوليه إذا قارب البلوغ بقدر معين يختبره به إذا رأى دليل الرشد فمن جعل ذلك لوليه اكتفى بعلمه ومن جعله للحاكم لم يكتف بقول وليه دون أن تشهد البينة عنده بذلك لأنه حكم حكمي واختلف في الشهادة فقيل : يكفي شاهدان وقال أصبغ : لا بد في الذكر والأنثى من الاشتهار م ع الشهادة قال اللخمي : وهو صواب في الذكر لتيسر الاشتهار في حقه والأنثى لا يطلع عليها إلا القليل واختلف في الرشد في الكتاب : إصلاح المال وصونه عن المعاصي قاله

". (١)

" بل يصدق بغيرها كالانفاق على اليتيم بل هذا أولى لأن الإنفاق على اليتيم ممكن من حيث الجملة ولأن القول باشتراطها يؤدي إلى ذهاب أموال الناس وبطلان حكمة الإلتقاط ولأنه لو كانت البينة شرطا لحرم الالتقاط لأن بقاءها في موضعها يقرب أخذها لمالكها والإلتقاط يمنعه من أخذ ماله عند عدم البينة ومنع الإنسان من ماله حرام ولا يقال لو ادعى السرقة لم يأخذ إلا ببينة وإن كانت البينة متعذرة عند السرقة لأنا نقول السرقة يدعي لنفسه بخلاف الملتقط وقد قال مالك في قطاع الطريق لأنه يؤخذ المتاع من أيديهم بالعلامات من عدد وغيره بغير بينة كاللقطة لأنهم يدعونه لأنفسهم كاللقطة سواء احتجوا بقوله & البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والطالب مدع فعليه البينة ولأنها دعوى فلا يستقل باثباتها الوصف كسائر الدعاوي ولأن اليد تنازعه فلا يندفع إلا بحجة وهي البينة ويحمل الحديث على الجودة لا على الإجبار جمعا بينه وبين هذه القواعد والجواب عن الأول أنه عليكم لأنه جعل اليمين على من أنكر والبينة تقام عليه وها هنا لا منكر فلا يمين ولا بينة سلمنا أنه ليس عليكم لكنه عام وما ذكرتموه خاص فيكون

---

(١) الذخيرة، ٨/٢٣٠

مقدما عليه على ما تقرر في علم الأصول عن الثاني أن اقامة البينة في غيرها متيسر بخلافها فإن الإنسان لا يعلم أن متاعه يقع منه فيشهد عليه بخلاف البيع وغيره مشعور به فطلبت فيه البينة بل إلحاق هذه المصورة بنفقة اليتيم أشبه عن الثالث أن المنازعة المحوجة للبينة عن اليد التي يدعي صاحبها الملك بنفسه ليقع التعارض بين الرجلين وهذا لا يعارض أحدا بل صاحبها يقول أنا

". (١)

" ذمة العبد فيكون له دينه فيها وقال غيره ليس له اتباع ذمة العبد إلا عما عجز منه مال السيد قال ابن القاسم وإن تحمل عن أجنبي بأداء السيد ففي ذمته لا في رقبته لأنها ليست جناية ويجوز كفالة العبد ومن فيه رق لسيده ولا يجبره السيد على ذلك لأنه قد يؤدبه بعد العتق ولا يلزمه إن أجبره لأنه عقد إكراه وإباء العبد خوف اللزوم بعد العتق وأشهد السيد أنه ألزمه ذلك لم يلزمه العبد إلا برضاه قال مالك إذا أعتقه وعليه مائة لزمته وإن كره وفي التنبيهات قيل قول ابن القاسم في تخيير الطالب بين العبد والسيد على قول مالك الأول أن للطالب اتباع الكفيل مع يسر الغريم وليس هو اختيار ابن القاسم فقد خالف أصله وقيل إنما قال هذا لأن العبد مع سيده بخلاف غيره لأن الذمتين كشيء واحد وقيل المسألة على أصله ولعل السيد فلس أو مات ويخاف المحاصة وذكره إعتاق العبد على أن الذي عليه مائة فتلزمه وأن كره في الءتق الثاني خلافه ذكرها سحنون بعد إجبار العبد على الكفالة تنبيها على الخلاف وأن مذهب ابن القاسم في المسألة مخالف لمالك وأنه يأتي على قول مالك إلزام **والإجبار** وهو قول عبد الملك وروي عن ابن القاسم وقيل بل أشار للفرق بين العتق والحمالة لحرمة العتق وأن ما أدخل فيه العبد من المائة انتفع بعوضها من تعجيل العتق ولا منفعة له في إلزام الكفالة وفي النكت إذا طالب السيد ببيع العبد فلم يف بالدين له مطالبة العبد بما بقي له كالحر إذا تحمل ولم يف مال المطلوب له مطالبة الكفيل بما بقي قال وقول الغير لا يطالب العبد إلا بما عجز عنه مال السيد كيف يباع ولا يعرف ما بقي في ذمته لأنه من جملة مال السيد فلا يتجه إلا على التبعيض في المزايدة مثل أن يكون الدين مائة فيقال من يشتريه بخمسين على أن يبقى عليه أربعون هكذا حتى تقف على ثمن معلوم قال واعلم ان ما يؤخذ من ثمن العبد يسقط من ذمته فإن كان على سيده أيضا دين فما أخذ من ثمنه لأجل الدين فيه نصيب فما حصل لهم منه باق في ذمة العبد

---

(١) الذخيرة، ٩/١١٨

في هذا عامرة بما عجز عنه ثمنه وبما أخذ أهل الدين مثاله على السيد مائة وتحمل العبد عنه بمائة فيقال من يشتريه بمائة على أن تبقى في

" .(١)

" في الباقي ولأنه لا يجزيه على الكتابة فنقيس عليه لأنها عتق بعوض ولأنه لو أوصى المريض بعتق عبده ولا مال له غيره عتق ثلثه واستسعى في الباقي فيؤدي إلى تقديم حق الموصى له على حق الوارث مع أن الوارث مقدم فيما عدا الثلث احتجوا بما خرجه البخاري وغيره أن النبي & قال أيما عبد كان بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه فإن كان موسرا قوم عليه وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه وجوابه قال صاحب الاستذكار روي الحديث جماعة والحفاظ منهم لم يذكروا السعاية فضعف نقلها قال صاحب القبس وإلا فقد عتق منه ما عتق في الحديث الأول وإلا استسعى العبد من كلام الراوي فتيا من قبل بنفسه قاله علماء الحديث سلمناه لكن ليس في اللفظ ما يقضي الجبر على ذلك فيحمل على أنه برضا العبد والسيد على سبيل الندب لأنه توسل للعتق ويؤكده قوله غير مشقوق عليه وهو يدل على الأختيار وعدم الجبر وإلا حصلت المشقة او يحمل على إثبات السعي للسيد في يوم الرق ليلا يظن السيد أن استخدام العبد بعد ذلك يمتنع لمشاركة الحرية وقاسوه على الكتابة على القول بالجبر عليها والفرق أن هاهنا حصلت جناية من المعتق فأصل التعلق به لجناية فقد وجد المزاحم فسقط **الإجبار** على العبد لتعين الغير بخلاف الكتابة ولنا على عدم العتق بالسراية حتى يقوم ما في الحديث المتقدم وكان له مال يبلغ ثمنه فهو عتيق والفاء للترتيب فدل على أن العتق إنما يكون بعد تحقق ذلك بالكشف والتقويم وفي الأحاديث إذا كان العبد بين اثنين

" .(٢)

" الثاني في الكتاب تمتنع كتابة بعض عبده وإن أدى لم يعتق منه شيء ككتابة شقصه لأنه ذريعة إلى عدم استكمال العتق بالتقويم الثالث في الجلاب لا تكاتب أم الولد وتفسخ إن أدركت قبل فوتها فإن فاتت بالأداء عتقت ولا ترجع على السيد بما أدت قال الأبهري واللخمي اصل مالك جواز إجازتها برضاها وإذا

---

(١) الذخيرة، ١٩٥/٩

(٢) الذخيرة، ١٣٥/١١

جاز ذلك جازت الكتابة برضاها وأولى بالجواز بمصلحة العتق قال بعض ألفقهاء ينبغي إذا كاتبها في مرضه أن يرجع على بركته إذا مات من ذلك المرض ويكاتب المدبرة وإن مات قبل الأداء عتقت في الثلث وسقطت الكتابة وإلا عتق ثلثها الركن الرابع العبد المكاتب وفي الجواهر له شرطان قدرته على الأداء واختلف في الصغير إذا لم يكن له مال ومكاتبة العبد كله إلا من نصفه حر فتجوز مكاتبة بعضه لحصول الإستقلال أما الأول فليحصل مقصود العقدا وأما الثاني فلأنه ذريعة لعقد البعض من غير تقويم وفي الركن أربعة فروع الأول في الكتاب يجوز كتابة الصغير ومن لا حرفة له وإن كان يسأل وقال غيره يمتنع إلا أن يفوت بالأداء او يكون بيده ما يؤدي عنه فيؤخذ من يده ولا يترك له فيتلفه ويرجع رقيقا وكره كتابة الأمة لا صنعة بيدها ولا لها عمل معروف قال ابن القصار منع مالك كتابة الصغير وعنه إجازتها لنا على اختلافه هل يكون إسلامه إسلاما ام لا وعلى الروايتين في إجبار السيد عبده على الكتاب فعلى **الإجبار** تصح كتابة الصغير لأنه لا يحتاج إلى قبوله وعلى عدم **الإجبار** لا يكاتب إلا بالغا عاقلا وقال ح يجبر المراهق كإحدى

---

(١) ".

" اجمعوا على الوجوب ولأنه عطف على الكتابة وهي غير واجبة والأصل في العطف التسوية ولأنه مجهول وغير مقدر بالعرف فلا يكون واجبا لأن الأصل في الواجب أن يقدر أما نصا كالزكاة او عرفا كالنفقات ويؤدي قولهم إلى خلاف قولهم فإن الساقط مجهول فالباقي من الكتابة على العبد مجهول وهم لا يقولون به وعبد المكاتب عبد ما بقي درهم فإن كان درهم مما كاتبه عليه فقد ترك قوله او مما بعد الوضع فيتعين الإحاطة به حتى يعلم زمان العتق وهو لايحدده وأيضا إذا لم يكن محددا فأمكن أن يكون دانقا من عشرة آلاف درهم وحمل أمر الله تعالى على مثل هذا مع أعتقاد الوجوب بعيد جدا (فرع) في المقدمات عن مالك لك إجبار عبدك على الكتابة وهو ظاهر المدونة لأنه جعل لك أن تعتقه على مال تجعله عليه بعد العتق والكتابة أولى وهو ظاهر قول ابن القاسم في كتاب المكاتب لأنه جعل له أن يكاتبه على نفسه وعلى عبد غائب ولزم الغائب وخالف قوله في كتاب العتق في قوله إذا قلت أنت حر وعليك كذا إن ذلك بخيرة العبد وقيل ليس للسيد أن يجبر عبده لقوله تعالى ! (والذين يبتغون الكتاب) ! فجعلها منوطة بخيرتهم ولأن السيد يتهم على إسقاط نفقته وقاله ش وجوابه أن للسيد أن يؤجره سنين ويجبره على ذلك بغير عتق فأولى مع العتق ولأن العتق حق لله تعالى فيجبر عليه قال ابن يونس عدم **الإجبار** قاله أشهب

---

(١) الذخيرة، ٢٧١/١١

وابن القاسم قال اللخمي له جبره على مثل الخراج ونحوه ولا يجبره في الزيادة الكثيرة لأنه ضرر به ويذهب سعيه باطلا (فرع) في الكتاب المكاتب كالرقيق في الميراث والشهادة والحدود وغيرها

". (١)

" الحاضرين كرها على كذا في كل نجم فرضي أحدهما وكره الآخر لزمه عند ابن القاسم ويرجع عليه كما لو كان غائبا فإن **الإجبار** على الكتابة إحسان مع تحصيل مصلحة العتق لأن لك اخذ المال بغير عتق (فرع) في الكتاب يمتنع جمع عبديكما في كتابة واحدة وكل واحد حميل بما على صاحبه للغرر إذ لو هلك أحدهما اخذ سيد الهالك من مال الآخر باطلا وهو يشبه الوقف ويمتنع حمالة الأجنبي بالكتابة إذا ليست بدين ثابت وإن مات العبد او عجز لم ينتفع الحميل بما أدى في النكت إذا نزلت حمالة الأجنبي وفاتت بالعتق رجع الحميل على المكاتب وتحاصص غرماؤه بما أدى عنه ولا يرجع على السيد قال ابن يونس ومعنى الرقبى التي شبه بها دار بينكما حبستماها على انفسكما على أن من مات منكما فنصيبه حبس على الباقي فيأخذه بالباطل قال سحنون إذا نزلت الكتابة لزمت لأن الحمالة لا تبطل الكتابة وأما عبد بينكما او ثلاثة اعبد بين ثـ‍ر‍اثة لكل واحد ثلث عبد منعه أشهب لأن كل عبد تحمل لغير سيده بحصة لغير سيده وينقض إلا أن يسقط الحمالة فتكون كتابة كل واحد على حدة وعلى كل واحد ما يلزمه قال ابن ميسر إنما يقبض كل واحد عن ثلث الكتابة فلم يقبض عن غير ماله شيئا فيصح قال أشهب وإذا كاتبت عبديك لا تبع كتابة إحدهما ولا تتبع نصفهما ولا نصف أحدهما لأن النصف المبيع يتحمل عن من لا يملكه سيده ولك بيعهما من رجل لا من رجلين لأن كل رجل يتحمل على من لا يملكه وإن اسقطت الحمالة امتنع لأنه يضعفهم عن الأداء وجوز محمد بيعهما من رجلين ومن رجل نصف كتابتهما ولو ورثهما رجال جاز لكل مبيع نصيبه

". (٢)

" أهل ذمة فدراريهم وأموالهم في خ تبع لرجالهم لاندراجهم في نقض رجالهم العهد كفعله عليه السلام في قريظة قال ابن القاسم إن ارتد وله ولد صغير امتنع من الإسلام وكبر يضرب ولا يقتل وإن ولد حال الردة

---

(١) الذخيرة، ٢٧٤/١١

(٢) الذخيرة، ٢٨٢/١١

وأدرك قبل الحلم جبر على الإسلام وإن بلغ ترك ولا يكون كمن ارتد لأنه لم يتقدم له إسلام فعلي ولا حكمي وعن ابن القاسم إذا اتخذ الأسير ببلد الحرب أم ولد فمات وغنم المسلمون الأمة وولدها فهم معها أحرار وماله فيء وإن حملت منه وهو مرتد فالجميع فيئ لأنها حالة لا يتقرر بها تصرف قال محمد إن لم يعتقها حتى بلغ الولد الذي حملت به قبل الكفر لم يجبروا على الإسلام وهم فيء وصغارهم أحرار مع أبيهم قال مالك وكل ما ولد للمرتد بعد ردته لهم حكم المرتد ولا يرق ويجبر الصغار على الإسلام ويستتاب البالغ فإن لم يتب قتل وفي الجواهر من ارتد لا يتبعه ولده الصغير في الردة لأن التبعة إنما تكون في دين يقر عليه فإن قتل الوالد على الكفر بقي الولد مسلما فإن أظهر خلاف الإسلام أجبر على الإسلام فإن غفل عنه حتى بلغ ففي إجباره خلاف الإسلام أجبر على الإسلام فإن غفل عنه حتى بلغ ففي إجبار خلاف إذا ولد قبل الردة وفي **الإجبار** بالسيف أو بالسود خلاف وإن ولد بعد الردة أجبر وأن بلغ وقيل إن بلغ ترك الحكم الثالث ماله ففي الجواهر يوقف إن عاد أخذه لزوال المانع كدمه وروى الشيخ أبو إسحاق أن ماله لا يعود إليه كالحربي إذا أسلم بعد الغنيمة وإن قتل على ردته ففيء إلا أن يكون عبدا فلسيده وفي النوادر قال ابن القاسم يطعم من ماله زمن ردته وإن باع واشترى بعد

---

(١) ".

" قطع يمينه عمدا (ولا يمين له فديته من ماله دون العاقلة فإن كان عديما) ففي ذمته ولا تغلظ عليه الدية في العمد إذا قتلت لتعذر القصاص أصالة بخلاف قبولها وإن فقأ أعور العين اليمنى عينا يمنى خطأ فعلى عاقلته نصف الدية أو عمدا فعليه ديتها في ماله ولا يقتص من اليد أو الرجل اليمنى باليسرى ولا اليسرى باليمنى ولا العين أو السن بمثلها في صفتها وموضعها الرباعية بالرباعية والعليا بالعليا والسفلى بالسفلى فإن تعذر رجع للعقل وإن فقأت عين أعور العين اليسرى ففيها الدية كاملة لأنه لا قصاص في عين الجاني للمخالفة وإن فقأ الأعور عين الصحيح التي مثلها باقية للأعور فللصحيح أن يقتص وإن أحب أخذ دية عينه ثم رجع مالك فقال له القصاص أو دية عين الأعور ألف دينار قال ابن القاسم والأول أحب إلي وإن فقأ أعمى عينا فديتها في ماله لأن العاقلة لا تحمل عمدا وإن فقأ أعور عيني رجل فله القصاص في عينه ونصف الدية في العين الأخرى في التنبيهات قوله إذا فقأ الأعور مثل عينه من الصحيح يخير بين القصاص والدية قيل يتخرج منه قول في التخيير في أخذ الدية في جراح العمد وهو قول ابن عبد الحكم

---

(١) الذخيرة، ٤٣/١٢

والمشهور خلافه ويتخرج أيضا إجبار القاتل على الدية كقول أشهب وقال أبو عمران الفاسي إذا قال ذلك لعدم التساوي في عين الأعور لأنها أزيد من عين الصحيح لأنه إن اختار القصاص ففي مثل عينه أو الدية فقد دعي إلى صواب قال ويلزمه على هذا **الإجبار** على الدية وخرج بعضهم على هذه أن لولي القتيل إذا كان القاتلون جماعة أن يلزم كل واحد فيه دية كاملة عن نفسه كديته لأن

---

(١) ".

"كتاب النكاح وما يتصل به

والنكاح مندوب إليه للقادر عليه من غير إيجاب والمنكوحات ضربان : حرائر وإماء فالحرائر يجوز نكاحهن على الإطلاق والإماء لا يجوز للحر نكاحهن إلا بشرطين : عدم الطول وخشية العنت وذلك سيذكر فيما بعد

والحرائر نوعان : أبكار وثيب وكل واحد من النوعين ينقسم إلى قسمين : أصاغر وبوالغ

ولا نكاح إلا بولي ذكر ولا يجوز لامرأة أن تنكح نفسها ولا غيرها بوجه وذلك باطل متى وقع لا يجوز بوجه ثم الأولياء ضربان : آباء وغير آباء

فأما صغار النساء فلا يزوجهن أحد من الأولياء سوى الآباء وللآباء إنكاحهن أبكارا وثيبا

وأما الإبكار البوالغ فلآباء إنكاحهن بغير إذنهن ويستحب استئذانهن من غير إيجاب وينقطع **الإجبار** عن المعنسة وهي التي برزت وجهها وباشرت الأمور بنفسها وعرفت مصالحها وقيل : إنه باق عليها ببقاء البكارة

وأما الثيب من البوالغ فلا إجبار عليها ولا تنكح إلا بإذنها

والثيوبة المسقطة للإجبار هي الوطء بنكاح أو ملك أو بشبهتهما

وأما الحرام المحض فلا يقطع **الإجبار** كان طوعا أو اغتصابا

والولاية ولايتان : خاصة وعامة فالخاصة في أربعة أوجه : نسب أو خلافة نسب أو ولاء أو سلطان

فأما ولاية النسب فمستحقة بالتعصيب لا مدخل فيها لذوي الأرحام الذين لا تعصيب لهم كالأخ للأم والخال وغيرهما ثم ما يملك بهما نوعان : إجبار وإنكاح بإذن فأما **الإجبار** فلا يملكه إلا الأب وحده على صغار بناته وأبكار بوالغهن على ما قدمناه والسيد في أمته

---

(١) الذخيرة، ٣٣٨/١٢

وأما الإنكاح بالاستئذان فيستوي الأب وسائر الأولياء وترتيب العصابات فيه بحسب قوة تعصيبهم فأولاهم البنون ثم بنوهم وإن سفلوا ثم الأب - ثم الإخوة للأب والأم ثم للأب ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم بنو الإخوة للأب ثم الأجداد للأب وإن علوا ثم العمومة على ترتيب الإخوة ثم بنوهم على ترتيب بني الإخوة وإن سفلوا ثم الموالى ثم السلطان

وإن أنكح الأبعد مع وجود الأقرب فيمن تستأذن جاز

فأما خلافة النسب فوصى الأب خاصة في البكر هو أولى من سائر الأولياء بإذنها وهو في الثيب واحد منهم

والمستأذنان أبكار وثيب فإذن الثيب بالقول وإذن البكر بالقول أو بالصمات ويستحب أن تعلم بأن صماتها محمول منها على الإذن

وأما الولاية العامة فولاية الدين وهو جائز مع تعذر الولاية الخاصة فأما مع وجودها فقيل : إنه جائز في الدنية التي لا خطر لها وكل واحد -كفؤلها ولا يجوز في ذات القدر والشرف وقيل : لا يجوز بحال مع القدرة

وإذا تقدم العقد على الإذن فالصحيح أن لا يجوز وإن تعقبته الإجازة

وللولي إنكاح صغار الذكور كان أبا أوصى أبا أو حاكما وإذا أنكح الأب ابنه الصغير فإن سمي الصداق عليه أو على الابن الذي له المال جاز وإن سكتا عنه فهو على الابن إن كان له مال وعلى الأب إن لم يكن للابن مال ثم لا ينتقل إليه بيسره

ويجوز خلع الأب عن ولده الصغير الذكر والأنثي وكذلك إنكاحه البكر بأقل من صداق مثلها إذا رءاه حظا والعفو عن نصف صداقها بطلاقها قبل الدخول وللولي أن يلي إنكاح نفسه من وليته التي يجوز له نكاحها بنفسه بأي شئ كانت ولايته

وإذا زوج الوليان فالداخل من الزوجين أولى ولا ولاية لعبد ولا لمن فيه بقية رق ولا لكافر على مسلمة ولا لمسلم على كافرة إلا بالرق وللسيد إجبار عبيده وإمائه وعبيد من يلي عليه من ولده أو بوصية على النكاح ولا يجوز لعبد ولا لأمة أن ينكحا إلا بإذن سيدهما والسيد في العبد بالخيار إذا نكح بغير إذنه بين أن يجيز أو يرد إلا أن يعتق قبل علمه بالنكاح فيمضي ولا رد له ولا خيار له في الأمة بخلاف العبد

وللعبد أن ينكح أربعا كالحر وله أن ينكح الأمة مع القدرة على الحرة بخلاف الحر

والإشهاد من شروط كمال النكاح وفضيلته دون نفوذه وصحته وكذلك الإعلان والتراضي بكتمان العقد يفسده

ولا يجوز لولي عضل وليته إذا دعته إلى كفء في الدين والحال والمروءة ويزوجها عليه الإمام وإن اتفقا على غير كفء جاز وليس كمال مهر المثل من الكفاءة والمتوك في عقد النكاح جائز ." (١)

"(ثم أب وجبر المجنونة والبكر ولو عانسا) .ابن عرفة : الأب يجبر البكر ولو عنست إن لم يطل مكثها بعد البناء ولم ترشد .قال ابن القاسم : والمجنونة كالبكر (إلا لكخصي) قال ابن عبد الحكم وأصبغ وابن الماجشون : وإن زوج الأب بنته من خصي أو مجبوب أو عنين على وجه النظر لزمها .وقال سحنون : إن أبت البنت من ذلك كان للسلطان منعه (على الأصح) اللخمي : قول سحنون في هذا أحسن إلا أن يكون ذاهب الأنثيين خاصة فيمضي نكاحه (والثيب إن صغرت) .سحنون : من دخل بها وطلقت قبل البلوغ للأب إجبارها بلغت بعد الطلاق أو لم تبلغ ورجح اللخمي قول أشهب أنها قبل البلوغ ولا تجبر بعده (أو بعارض) .ابن عبد السلام : لا أعلم خلافا أن الثيب بعارض كالبكر (أو بحرام) اللخمي في المدونة : إن زنت يزوجها كما يزوج البكر .ابن رشد : غصبها كزناها .ابن عرفة : هذه أقرب للجبر (وهل إن لم تكرر الزنا تأويلان) قال عبد الوهاب : ألزمت في مجلس النظر بحضرة ولي العهد أنه إذا كانت العلة في المزني بها الحياء ، فإذا تكرر الزنا منها فقد ارتفع حياؤها وزالت علة **الإجبار** ولم يكن لأبيها أن يزوجها إلا برضاها فالتزمت ذلك للمخالف (لا بفاسد) .ابن عرفة : الثيوبة الرافعة للجبر ما كانت بملك أو نكاح ولو فسد .اللخمي : ولو كان مجمعا على فساده فحكمه في ترك الجبر حكم النكاح الصحيح (وإن سفيهة) .ابن عرفة : لا يجبر ابنته الثيب الرشيدة اتفاقا والمعروف ولا السفيهة (وبكرا." (٢)

"رشدت) المتيطي : المشهور والذي به العمل أن الأب لا يجبر مرشدته البكر .قال ابن مغيث : ولا تسقط عنه نفقتها حتى يدخل بها زوجها وإذنها صماتها .وقال الباجي في وثائقه : السماع منها كالثيب (أو أقامت بينتها سنة وأنكرت) لو قال : " لا بقرب كما لو قال الزوج جامعتها وأنكرت " لتنزل على ما يتقرر .اللخمي : إذا طال مقام البكر عند الزوج مدة يخلص فيها إليها العلم بحال الرجال من النساء ثم وقع الفراق وهي بحال البكارة ، ارتفع **الإجبار** .والأحسن أن لا حد لذلك إلا ما يرى أن تلك الإقامة تعلم منها ما تعلمه الثيب .وقيل : حد ذلك سنة .وفي المدونة قال مالك : وأرى السنة طولا وإن كان أمرا قريبا جبرها

---

(١) التلقين، ص/٢٧٩

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٥/٣٢٢

.قال ابن القاسم : يجبرها في الأمر القريب وإن أقر الزوج بجماعها وأنكرت هي لأنها تقول أنا بكر وتقر بأن صنيع الأب جائز عليها ولا يضر قول الزوج (وجبر وصي أمره أب به أو عين الزوج) .اللخمي : الإجبار يختص بالإباء وبمن أقامه الأب مقامه في حياته أو بعد وفاته إذا عين الأب الزوج الذي يزوج ابنته منه ، فأما إذا لم يعين الأب فالمعروف من قول مالك أن للمقام إجبارها وإنكاحها ممن يراه حسن نظر لها قبل البلوغ وبعده ، والأحسن قول عبد الوهاب أنه لا يجبرها (وإلا فخلاف) اللخمي : ليس للأوصياء إذا لم يجعل لهم الإجبار ولا للأولياء أن يزوجوا الإناث إلا بعد البلوغ والاستئذان (وهو في الثيب ولي) فيها : لا أمر لولي مع وصي في البكر ، وإن زوج ولي." (١)

"الثيب جاز على الوصي كجوازه للأخ على الأب ، وإن زوجها الوصي جاز على الولي فحملها فضل على المرشدة .ابن رشد : لو رشد محجورته فلا نص والظاهر بقاء ولايته (وصح إن مت فقد زوجت ابنتي بمرض وهل إن قبل بقرب موته تأويلان) .ابن يونس : في بعض روايات المدونة : لو قال إن مت من مرضي فقد زوجت ابنتي من فلان جاز .فأطلقه أصبغ قائلا : فيه مغمز لكن أجمعوا عليه .قال ابن القاسم : ولو طال وقيده سحنون بقبوله بالقرب وقاله ابن القاسم أيضا في المبسوط (ثم لا جبر) تقدم نص اللخمي : الإجبار مختص بالآباء والوصي إلا أنه ألحق بذلك البالغ الثيب بالنكاح إذا ظهر منها الفساد ولم يقدر وليها على صيانتها أو لم يكن لها ولي يصونها ، والأحب رفع ذلك للحاكم فإن لم يرفع الولي ذلك للحاكم وزوج مضى فعله (فالبالغ) تقدم نص اللخمي وغيره أنه ليس لغير المالك والأب والوصي أن يزوجوا الإناث إلا بعد البلوغ) إلا يتيمة خيف فسادها وبلغت عشرا) محمد : قال مالك في صبية بنت عشر سنين في حاجة تتكفف الناس : لا بأس أن تتزوج برضاها لمكان ما هي فيه من الخصاصة والكشفة ، وهذا أحسن لتغليب أخف الضررين .انتهى نص اللخمي (وشوور القاضي) .ابن بشير : لم يختلف المتأخرون في هذه المسألة .قال ابن عبد السلام : ويشاور القاضي (والأصح إن دخل وطال) المتيطي : لو زوجها قبل البلوغ وصي أو ولي أو حاكم ولم تكن محتاجة فلا يجوز نكاحها بوجه ويفسخ قبل الدخول وبعده ما لم." (٢)

"(وجاز عفو في البكر عن نصف الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق) من المدونة : يجوز عفو الأب عن نصف المهر في طلاق البكر قبل البناء .المتيطي : وللمرأة إن كانت مالكة أمر نفسها إسقاط

---

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٣٢٣/٥

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٣٢٤/٥

لنصف الواجب لها من حقها عند طلاقها ، ومثل ذلك يكون لمن يملك الإجبار في النكاح كالأب في ابنته البكر أو الثيب الصغيرة أو السيد في أمته وهو نص قوله تعالى : ﴿ إلا أن يعفون ﴾ يريد الزوجات المالكات لأمورهن ﴿ أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ﴾ يريد الأب في ابنته البكر والسيد في أمته .وليس ذلك لوصي لأب ولا للسلطان على رواية ابن القاسم في المدونة عن مالك ، وروى عنه ابن نافع إجازة ذلك للوصي على وجه النظر .قال عبد الملك : إلى ذلك رجع مالك وابن القاسم وإياه استحب إسماعيل القاضي .وأما إن كانت يتيمة ولا وصي لها فروى يحيى عن ابن القاسم أن لها أن تبارئ زوجها وتعطيه إذا كان ذلك مثل صلح مثلها وبه قال سحنون .قال بعض الموثقين : وبه جرى العمل عند الشيوخ ا هـ .وقد تضمن ما تقرر من أن المحجورة مثل المالكة أمر نفسها كالوصي والوصي كالأب إذ عفو الأب لأجل الطلاق لأن الزوج حلف باللازمة فحنث فللأب أن يعفو عن نصف الصداق وليرغب الأزواج فيها كما قاله ابن عبد السلام (ابن القاسم وقبله لمصلحة وهل هو وفاق تأويلان) من المدونة : لا يجوز عفو الأب قبل الطلاق .ابن القاسم : إلا لوجه نظر من عسر الزوج فيخفف عنه وينظره فيجوز ذلك إذا رضيت ، عياض : في كون قول ابن القاسم خلاف." (١)

"الأحسن عندي أنه لا يجبر على الرجعة لأنه أوقع الطلاق في وقت يجوز له إيقاعه ويصح صومه ووطء الزوج فيه (لآخر العدة) ابن شاس : الإجبار عليه مستمر عند ابن القاسم ما بقي من العدة شيء (وإن أبى هدد ثم سجن ثم ضرب بمجلس وإلا ارتجع الحاكم) /٩٧ تقدم نص ابن شاس بهذا /٩٧ .وقال ابن يونس : هو قول ابن القاسم وأشهب (وجاز الوطء به) قال أبو عمران في الذي يمتنع من الرجعة فيجبر عليها له الوطء بعد ذلك كالمتزوج على طريق الهزل أن النكاح يلزمه وله الوطء ويكون نكاحا صحيحا ورجعة - صحيحة .ابن يونس : قال بعض البغداديين خلاف قول أبي عمران لا يستمتع حتى ينوي الارتجاع .ابن رشد : الأظهر جواز استمتاعه بها برجعة القضاء عليه كارها ولا نية له كالسيد يجبر عبده على النكاح (والتوارث) ابن القاسم : إذا قضى عليه السلطان بالرجعة أشهد على القضية وتكون رجعة - تكون بها امرأته أبدا حتى إن خرجت من العدة وماتا توارثا (والأحب أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر) .ابن شاس : ثم المستحب بعد الارتجاع أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق بعد ذلك لئلا تكون الرجعة للطلاق ، فإن طلق في الطهر التالي للحيضة التي طلق فيها كره له ذلك ولم يجبر على الرجعة .ابن رشد : وإن ارتجعها كذلك ولم يصبها كان مضرا آثما (وفي منعه في الحيض لتطويل

---

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٤٧٢/٥

العدة لأن فيها جواز تطليق الحامل وغير المدخول بها أو كونه تعبدا لمنع الخلع وعدم الجواز وإن رضيت." (١)

"""""""""" صفحة رقم ٨٣ """""""""ثمن خمر لا يستقل بنفسه فيصير الأول المستقل غير مستقل وذكر لذلك أمثلة انظرها في الفرق الثاني عشر منه ، وانظر أيضا الفرق الثاني والعشرين والمائتين ، واقتصر (خ) على إنه إقرار وإن أجاب بالإنكار الصريح عمل بمقتضاه ، وقيل للطالب : ألك حجة فإن نفاها واستحلفه فلا تسمع له بعد بينة إلا لعذر كنسيان ، وقال أشهب : تسمع وهو دليل قول عمر رضي الله عنه : بينة عادلة خير من يمين فاجرة وإن ادعاها كلف بإثباتها وأعذر للمطلوب فيما أتى به كما يأتي وليس من الصريح قوله : ما أظن له عندي شيئا ولا قوله لا حق لك علي وذلك لما مر من أن الطالب لا بد أن يبين في دعواه الوجه الذي ترتب له به الحق من بيع أو قرض أو قراض أو نحو ذلك ، فيلزمه أن ينفي ذلك الوجه أو يقر به وتتوجه اليمين في الإنكار على طبق الدعوى (خ) : ويمين المطلوب ما له عندي كذا ولا شيء منه فإن قضى نوى سلفا يجب رده اه . وقال ابن الماجشون : يكفيه في الجواب واليمين لا حق لك على ابن عبد السلام ، وهو التحقيق لأن نفي الأعم يستلزم نفي الأخص ، فإن أجاب بإنكار كونه له بأن قال : هو وقف أو لولدي أو لشخص سماه فيقال للمدعي : اثبت ما تدعيه فإن هذا لا ينازعك وتنتقل خصومتك للمقر له (خ) وإن قال وقف أو لولدي لم يمنع مدع من إقامة بينة ، وإن قال لفلان فإن حضر ادعى عليه فإن حلف فللمدعي تحليف المقر أنه صادق في إقراره ، وانظر الفصل الثالث من أقسام الجواب من التبصرة وإن امتنع من الإقرار والإنكار فهو قوله :ومن أبىإقرارا أو إنكارالخصمه كلفه إجبارا(ومن أبى) موصول مبتدأ أو شرط واقع على المكلف الرشيد (إقرارا أو) بمعنى الواو (إنكارا) لغير غرض شرعي بل سكت أو قال : أقم البينة على ما تدعي وأنا لا أقر ولا أنكر أو قال : ما له عندي شيء أو لا حق له علي كما مر . وقال الأخوان مطرف و ابن الماجشون : يقنع منه بذلك في هذين الأخيرين وهو ظاهر لأن نفي الأعم يستلزم نفي الأخص ، أو قال : لا أجاوب حتى أوكل من يجيب على المعمول به كما يأتي في باب الوكالة أو قال حتى يتبين هل ما تدعيه برسم أو بغير رسم (يخصمه) يتنازعه المصدر إن قبله (كلفه) بضم الكاف خبر أو جواب والرابط نائبه والبارز يعود على الإقرار والإنكار وأفرده لكون العطف بأو أو باعتبار ما ذكر (إجبارا) أي جبر بالضرب والسجن ، وهذا إن لم يكن وصيا أو مقدما يخاصمان عن أيتامهما فيما لم يتولياه من المعاملات ، وإلا فلا يكلفان بإقرار ولا بإنكار ، ويقال للطالب : أقم البينة على ما تدعي وذلك لأن

---

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٢٩/٦

إقرارهما لا يفيد فلا فائدة لجبرهما ، فإن أقرا باختيارهما فهما شاهدان تعتبر فيهما شروط الشهادة فإن أقرا عليه بطلاق أو عتق فلا تمضي حتى يكمل النصاب فإن خاصما فيما تولياه أجبرا على ذلك ، وإن توجهت اليمين عليهما حلف، وإلا ضمنا وفهم من وقوع من على الرشيد أن السفيه لا يؤمر بالجواب فضلا عن **الإجبار** إذ لا يلزمه إقرار كما مر في شروط." (١)

"""""""""" صفحة رقم ٩٠ """""""تنص على القبض ، فإن المطلوب لا يجبر لإمكان أن لا يكون قد قبضه فلا يلزمه رده ولو شهدت البينة بذلك ولم تنص على القبض لم تقبل أيضا (خ) : وملك أي بالقول ولم يلزم رده إلا بشرط أو عادة الخ . وقولنا : وبقي الثمن في ذمته الخ . احترازا مما إذا لم يقل ذلك فإنه لا يجبر لإمكان أن يكون قد قضاه ، ولو أقام شاهدا بذلك لم تتم شهادته حتى يقول : لا يعلم براءته من الثمن المذكور إلى الآن قال في شهادات المعيار ما نصه : شهادة الشاهد بحق غير عاملة حتى يذكر في شهادته انتفاء علمه بالمبطل لها . وانظر ما يأتي في أول خطاب القضاة . وقولنا في السلف منذ كذا ليعلم هل مضى من المدة ما ينتفع مثله بالسلف فيها عند الشرط فيلزمه الرد أم لا كما مر في قول (خ) : ولم يلزمه رده الخ وقولنا : حدودها كذا الخ ليتعين المدعى فيه إذ الدعوى لا بد أن تكون بمعين أو بما في ذمة معين كما مر وتعيين الأرض ونحوها بذكر حدودها ، ولو سقط ذلك من لفظه لم يجبر المطلوب على جوابه ولو سقط ذلك من الشهادة لم يقض بها إلا إن شهد بالحدود غيرهم كما يأتي في قوله : وجاز أن يثبت ملكا شهدا . وبالحيازة سواهم شهدا الخ . ثم المدعي تارة يستظهر بالرسم من أول الأمر لكون ما يدعيه ثابتا عنده ، وتارة لا يكون ثابتا عنده في الحال فيقيد حينئذ المقال لأن فائدته كما في الوثائق المجموعة أن المدعى عليه قد يقر فيستغني المدعي عن إثبات دعواه وكل من الرسم والمقال إما أن يكون بينا في نفسه فيكلف المطلوب بالجواب عليه في الحين كما قال :وما يكون بينا إن لم يجبعليه في الحين **فالإجبار** يجب (وما) أي المقال أو الرسم الذي (يكون بينا) سهلا لا يحتاج إلى تأمل وسواء كان الرسم استرعائيا وهو ما يصدر بيشهد من يضع اسمه الخ أم لا (إن لم يجب) المطلوب بضم الياء (عليه) أي الرسم أو المقال البيّنين (في الحين **فالإجبار**) بنقل حركة الهمزة إلى اللام للوزن مبتدأ وقوله : (يجب) خبر والجملة جواب الشرط والشرط وجوابه خبر المبتدأ الذي هو الموصول والرابط بين الجملة الكبرى والموصول محذوف أي **فالإجبار** على الجواب عليه واجب ومحله ما لم يطلب المهلة في الرسم الاسترعائي وإلا فلا يجبر في الحين ويمكن دخوله في قول الناظم في الفصل بعده والمدعي النسيان إن طال الزمن قال

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ١/٨٣

في التبصرة : ويجبر الخصم على الجواب فيما وقفه خصمه عليه في جميع الوثائق القليلة المعاني والفصول حاشا وثائق الاسترعاء فإنه لا يجبر على الجواب عنها في ذلك المجلس اه . ونحوه في ابن سلمون عن ابن سهل . نعم ذكروا أنه لا يجبر على الجواب عنها إلا بعد ثبوتها أي بالأداء والقبول كما في أواسط الشهادات من المعيار فقول (ت) ويكون في غير وثائق الاسترعاء غير ظاهر ، ومحله أيضا ما لم يطلب التأخير لمقصد وإلا ففي الإجبار قولان كما يأتي في البيت بعده ، وأما أن يكون كل من الرسم والمقال يحتوي على فصول يحتاج المجيب عنها إلى تفكر وتدبر فلا يكلف المطلوب بالجواب عنها في الحين ، بل يقيد المقال على المدعي وحده ، ويأخذ المطلوب نسخة منه أو من الرسم استرعائيا أم لا ليتأمل ذلك فيجيب عنه كما قال :." (١)

"""""""" صفحة رقم ٩٢ """""""الثاني : من ادعى على رجل أن بيده رسما له فيه حق وطالبه بإخراجه لينظر فيه ما ينفعه فإنه يلزمه إخراجه قاله في أقضية المعيار عن المازري ، وكره في نوازل الدعاوى عن ابن أبي زيد ، ونحوه لابن فرحون عن ابن سهل في الفصل الثالث في تقسيم المدعى عليهم ، وبه يبطل ما أفتى به ابن سودة وأبو محمد عبد القادر الفاسي من أنه لا يلزمه ذلك محتجين بأنه لو مكن الناس من هذا لفتح عليهم باب يعسر سده الخ . لأنه مصادم للمعقول والمنقول لأنهما احتاطا للمطلوب وأخلا بحق الطالب من غير موجب ولا دليل ، وقد تكون بينهما معاملة أو شركة أو وراثة ونحو ذلك ، ولذا ضعف ابن رحال فتواهما . ولما كان تقييد المقال موكولا إلى اختيار الطالب ، لكن ربما يجب في بعض الأحيان نبه على المحل الذي يجب عليه التقييد فيه فقال :ويوجب التقييد للمقالتشعب الدعووعظم المال(ويوجب) مضارع أوجب مبني للفاعل (التقييد) مفعوله (للمقال) يتعلق به (تشعب الدعوى) فاعل يوجب أي تفرقها وكثرة فروعها (و) مع (عظم المال) بضم العين أي كثرته فهو مما يؤكد الوجوب المذكور ، فالكلام الأول من حيث الإجبار والنسخ مع الإمهال والكلام هنا من حيث وجوب التقييد وعدمه فلا تكرار ثم علل الوجوب بقوله :لأنه أضبط للأحكامولانحصار ناشىء الخصام(لأنه) أي التقييد (أضبط للأحكام) فينحصر ذهن القاضي والمطلوب للنظر (ولانحصار) معطوف على المصدر المنسبك من أن ومدخولها لا على قوله للأحكام خلافا لمن وهم أي لضبطه للأحكام ولانحصار الدعوى (ناشىء الخصام) وهو المدعي فلا يقدر على زيادة شيء فيها ولا على الانتقال عنها إلى غيرها فيفهم منه أن فائدته هو انحصاره وأنه إن زاد أو انتقل بطلت دعواه وهو كذلك وتدل له مسائل وقعت في المذهب متفرقة منها ما هو على

(١) البهجة في شرح التحفة، ١/٩٠

العموم ومنها ما هو على الخصوص فمن الأول ما يأتي في الفصل بعد هذا أن من اختلف قوله واضطرب مقاله سقطت دعواه وبينته ، ومنها ما في المعيار عن العبدوسي من تناقض كلامه فلا حجة له ، ومنها ما نقله بعضهم عن ابن يونس عن أشهب أن من اختلفت دعواه بأمر بين فلا شيء له هذا قول مالك اه . ومنها : ما نقل المازري عن ضيح أن الدعوى على شخص إبراء لغيره ، ومنها ما نقل عن ابن عرضون أن من أعطى نسخة من الرسم فأبطلت فاستظهر بآخر أن الرسم الثاني مستراب لأنه انتقال من دعوى لأخرى . قال : ولو أبيح الانتقال ما انقطعت حجة المدين اه . ومثله لسيدي أحمد البعل حسبما في أوائل نوازل العلمي وأواسط الشهادات منه .قلت : وفي عد مجرد الاستظهار بالرسم الثاني انتقالا مع عدم اشتماله على زيادة على الأول نظر لا يخفى إذ لا يلزمه أن يقوم بجميع شهود الحق ، لكن إذا قام بعدلين منهم فبطلت." (١)

"""""""" صفحة رقم ٢٢٧ """""""(وما) نافية (على المطلوب) خبر عن قوله (إجبار إذا) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (ما) زائدة (شهدوا في أصل مالك) يتعلق بما قبله (هكذا) حال من مضمون قوله شهدوا أي حال كون الشهادة هكذا ويجوز أن يكون المجرور من اسم الإشارة متعلقا بشهدوا أي شهدوا هكذا أي بحق من غير بيان قدره أو حدوده في أصل مالك . قال في المتيطية : آخر باب الصلح ، ولو أنهم شهدوا بأن لهذا القائم حصة في الدار لا يعلمون مبلغها ففي رواية مطرف عن مالك أنه يقال له للمطلوب : أقر بما شئت منها واحلف عليه ، فإن أبى قيل للطالب سم ما شئت منها واحلف عليه وخذه ، فإن أبى أخرجت الدار من يد المطلوب حتى يقر بشيء منها . قال مطرف : وكنا نقول وأكثر أصحابنا إذا لم يعرف الشهود الحصة فلا شهادة لهم حتى قال لنا ذلك مالك فرجعنا إلى قوله واستمرت الأحكام به اه . ونقله في التبصرة بأبسط من هذا . فتحصل مما مر أن القول بالبطلان جار في الأصول وغيرها ، وكذا القول بالصحة إلا أنه يختلف فيما إذا قال المشهود له : لا أحلف أو لست أعرف فعند مطرف يبطل حقه ، وعليه درج الناظم وعلى قياسه في الأصول لا ينزع الأصل من يد المطلوب بل يبطل حق الطالب بقوله ذلك وحينئذ فلا جبر على ما مشى عليه الناظم لا في الأصول ولا في غيرها وليس في هذا البيت ما يدل على أن الأصل ينزع من يد المطلوب ، بل كلامه ظاهر في عدم النزع لأن النكرة في سياق النفي تعم فتشمل نفي الإجبار بالسجن ونزع الشيء من يده لأنه نوع من الإجبار ففيه إشارة إلى أن مختاره في الأصول هو مختاره في غيرها من بطلان الحق بقوله : لا أحلف أو لست أعرف

(١) البهجة في شرح التحفة، ٩٢/١

كما لا يخفى وعند مالك يسجن في غير الأصول وينزع الأصل من يده في الأصول ، وكذا في المعينات كثوب ونحوه حتى يقر ويحلف على ما أقر به .والحاصل أن القول بإعمال الشهادة أقوى من القول ببطلانها كما يدل عليه ما يأتي في التنبيه بعده ، وكما يدل عليه اقتصار المتيطية وغيرها عليه هنا ، وبه أفتى ابن زرب مقتصرا عليه حسبما في استحقاق المعيار ، ولذا قال الناظم : وذاك الأعرف وبعد كونه أرجح وأقوى هل يبطل حق الطالب بنكوله أو تجاهله فيه ما ترى ، وظاهر النظم أن القولين بالبطلان وعدمه جاريان أمكن الاستنزال أم لا وهو كذلك . إذ في المسألة ستة أقوال كما لابن رشد في البيان . ثالثها :." (١)

"""""""" صفحة رقم ٣٧٤ """""""لا يجوز ولو تعجله لوقوعه فاسدا باشتراط تأخيره كما في المدونة ؛ وانظر لو وقع بدنانير عن دراهم أو بالعكس وجعل التأخير بدون شرط ، ونقل أواخر الصلح من المعيار جواز ذلك .قلت : ومثله يقال في تأخير الحوز في التصيير بغير شرط بل هو أحرى ومحل النظم إن اتفقا على الحلول أو قامت به بينة ، فإن اختلفا في الحلول وعدمه ولا بينة فسد لأنه صرف مستأخر بالنسبة لمنكره كما مر ، ويحتمل أن يعمم في كلامه أولا فيراد بالكالىء مطلق الدين المؤخر كان لزوجة أو غيرها طعاما كان أو عرضا أو عينا . وقوله : بالصرف في العين لزوج إشارة لحكم بعض ما شمله العموم المذكور إذ لا مفهوم حينئذ للصرف ولا للزوج ، فيكون كقول (خ) في الصلح : وجاز عن دين بما يباع به الخ . وقد تقدم هذا عند قوله : وكل ما اتقى بيعا يتقي اه .باب النكاح وما يتعلق بهمن صحة وفساد ومن له الإجبار من الأولياء وترتيبهم إلى غير ذلك وهو لغة الضم والتداخل ، ويطلق على الوطء والعقد وأكثر استعماله في الوطء ، ويسمى به العقد لكونه سببا فيه ، وهل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد أو العكس أو حقيقة ؟ فيهما أقوال . أصحها الأول ابن عبد السلام ، والثاني أقرب لغة والأول أقرب شرعا أي حتى قيل لم يرد في القرآن إلا للعقد ولو في قوله تعالى : حتى تنكح زوجا غيره ﴾ (البقرة : ٢٣٠) لأن المعنى حتى يعقد عليها لكن السنة بينت أن لا عبرة بالعقد في التحليل ، بل حتى يحصل الوطء بعده ، وقيل هو في هذه الآية بمعنى الوطء كما أنه كذلك في قوله تعالى : الزاني لا ينكح ﴾ (النور : ٣) الخ وثمرة الخلاف على الأولين من زنى بامرأة هل تحرم على ابنه وأبيه أم لا ؟ قاله (تت) وقال ابن عرفة : عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر اه . فقوله عقد جنس وعبر به لأنه يفتقر إلى إيجاب وقبول . وقوله

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ١/٢٢٧

: على مجرد متعة من إضافة الصفة إلى الموصوف ، والتقدير على متعة التلذذ المجردة ، وخرج به العقد على المنافع كالإجارة ونحوها ، ولم يقل عقد معاوضة كالبيع لأن المعاوضة هنا غير مقصودة والمقصود المعاشرة ، ولذا يقولون : النكاح مبني على المكارمة وخرج بالمجردة العقد على شراء الأمة للوطء ، وقوله : بآدمية خرج به العقد على الجنية . وقوله : غير موجب الخ حال من التلذذ أي حال كون التلذذ بتلك الآدمية غير موجب قيمتها ، وأخرج به الأمة المحللة إن وقع بينة . وقوله : ببينة حال من التلذذ أيضا أخرج به صور الزنا المشار لها بقول (خ) : أو وجدا في." [١]

"""""""" صفحة رقم ٣٧٨ """""""مبارك مبلغ قدره كذا وكالته كذا يؤديه لها تقاضيا بحسب كذا آخر كل عام تزوجها بكلمة الله العلية ، وعلى سنة نبيه (صلى الله عليه وسلم) وعلى اليمين والأمان ، وما جاء في محكم القرآن من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان أنكحه إياها والدها المذكور أو وصيها المجبر بماله من **الإجبار** عليها حسبما يرسم الإيصاء أعلاه أو حوله ، أو وليها أخوها فلان أو عمها أو ابن عمها وقبله الزوج المذكور قبولا تاما وارتضاه وألزمه نفسه وأمضاه ، والله يوفق بينهما لما يحبه ويرضاه عرفا قدره شهد عليهما به وهما بأتمه أو أكمله وعرفهما ، وفي كذا ، ولا شك أن الوثيقة تضمنت الأركان المذكورة واحترزت بقولي البكر من الثيب فلا بد من إذنها زوجها أبوها أو غيره كما يأتي في قوله : وتأذن الثيب بالإفصاح الخ . فإن سقط ذلك من الرسم ولم يبين بكرا ولا ثيبا فلا كلام للزوج كما قال (خ) : ولا رد بالثيوبة إلا أن يقول عذراء الخ . وسيأتي قول الناظم أيضا : والزوج حيث لم يجدها بكرا الخ . وبقولي في حجر والدها مما لو كانت بكرا وليست في حجره كالمرشدة ومثلها المعنسة فلا بد من إذنهما أيضا كما يأتي في نظائره عند قوله : واستنطقت لزائد في العقد الخ . وبقولي : الحل للنكاح الخ . احترازا من الموانع التي تمنع تزوجها من عدة وفاة أو كونها في نكاح آخر ونحو ذلك فإن سقط ذلك من الرسم لم يضر لأن الأصل انتفاء المانع ، وفي المعيار عن ابن المكودي أن النكاح على السلامة والصحة إن سقط من رسمه خلو من زوج وفي غير عدة وأنه لا يحتاج إلى ذكره ، وسيأتي عند قول الناظم وحيثما العقد لقاض قد ولى الخ . ما إذا سقط ذلك في الثيب وأن (ح) استظهر أن سقوطه غير مضر وفي الفشتالي ما يخالفه وبقولي على صداق مبارك الخ . مما لو نصوا على إسقاطه فالعقد فاسد يفسخ قبل البناء اتفاقا وفي فسخه بعده وتصحيحه بصداق المثل . قولان ، وإن لم يتعرضوا له أصلا فهو نكاح تفويض وسيأتي عند قوله : أو ما فوضا فيه وحتما للدخول فرضا الخ ، وبقولي مبلغ نقده كذا مما لو لم يتعرضوا لقدره وسيأتي في قوله :والزوج

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٣٧٤/١

والزوجة مهما اختلفافي قدر مهر والنكاح عرفاأي : عرف ببينة أو إقرار ولا تسقط البينة لجهلها القدر ، وقد أنكر أحدهما النكاح من أصله كما مر عند قوله : ولم يحقق عند ذاك العددا الخ . وقولي مبلغ نقده كذا الخ . لا بد فيه من بيان السكة كما يأتي عند قوله : وكل ما يصح ملكا يمهر الخ . فإن قالوا نقدها كذا أو أقبضها أو عجل لها أو قدم ، ونحوه بصيغة الماضي في الجميع فذلك مقتض لقبضه وإن قالوا النقد من ذلك كذا أو مبلغ النقد ونحوه ، فهو مقتض لبقائه وإن قالوا : نقده كذا بالمصدر فقولان . قال ذلك كله في الشامل ونحوه قول ناظم العمل : إن قيل نقده كذا لا نقد الخ . فإن قالوا : مبلغ نقده كذا يؤديه لـيلة الدخول بها والدخول مختلف . فقيل : يفسخ للجهل بليلة الدخول . وقيل : لا ، وبه العمل قال ناظمه :والنقد إن أجل بالدخولإليه من عقد على الحلولوسيأتي بقية الكلام عليه عند قوله وأمد الكوالىء المعينة ، وبقولي وكالته كذا الخ . مما لو بينوا قدر الصداق ولم يتعرضوا لنقد ولا لكالىء فيجري على ما قالوه في الاختلاف في أصل الأجل في البيع فيما يظهر فيحمل على الحلول إلا لعرف على أنه قد نقل البرزلي عن ابن رشد في." (١)

"""""""" صفحة رقم ٣٧٩ """""""مسائل الأنكحة أنه محمول على الحلول حيث لم يذكروا تأجيلا ولا ضده ، واقتصر عليه في الشامل ونحوه في المدونة ، لكن قال أبو الحسن : لو اتفق هذا في زمننا لكان النكاح فاسدا لأن العرف جرى بأنه لا بد من الكالىء فيكون الزوجان قد دخلا على الكالىء ولم يضربا له أجلا اه . وانظر ما يأتي عند قوله : وأمد الكوالىء المعينة الخ . وبقولي بحسب كذا آخر كل عام الخ . مما لو ذكروا الكالىء ولم يتعرضوا لأجله فسيأتي في قوله : وأجل الكالىء مهما أغفلا الخ . والكلمة العلية هي قول لا إله إلا الله محمد رسول الله . إذ لا يحل لكافر أن يتزوج مسلمة . وقيل هي قوله تعالى : فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ (البقرة : ٢٢٩) والدرجة التي قال تعالى : وللرجال عليهن درجة ﴾ (البقرة : ٢٢٨) الآية هي الطلاق الذي بيده ، وقيل الشهادة التي هي أكمل من شهادة المرأة ، وقيل غير ذلك . وقولي : بما له من الإجبار الخ راجع للوصي المجبر ، وتقول في الأب بما ملكه الله من أمرها وذلك كله ظاهر في عدم الاستئمار والمشاورة وإن كانت مشاورتهما أحسن وأحوط ليخرج من الخلاف ، وقولي حسبما برسم الإيصاء الخ إشارة إلى أنه لا بد من نسخ رسم الإيصاء لئلا تدعي أنه ليس بوصي عليها ، وهذا إذا أنكحها المجبر فإن زوجها غيره زدت في الأوصاف المتقدمة البالغ فتقول البكر البالغ الخ . وقلت : أنكحها أخوها أو ابن عمها كما أشرنا إليه ولا بد حينئذ من أن نقول بإذنها ورضاها وتفويضها

(١) البهجة في شرح التحفة، ٣٧٨/١

ذلك إليه تلقاه منها شهيداه أو غيرهما حسبما أعلاه أو حوله بعد أن استؤمرت وأعلمت بالزوج بعلا ، وبما بذل لها من الصداق مهرا فصمتت أو بكت ونحو ذلك كما يأتي في قوله : والصمت إذن البكر في النكاح الخ . ولا تزوج إلا بعد البلوغ وثبوت أنه لا أب لها ولا وصي وأن الصداق صداق مثلها إلى غير ذلك كما يأتي في قوله :وحيثما زوج بكرا غير الأبفمع بلوغ بعد إثبات السبباالخ . ويقبل قولها في البلوغ عند إرادة النكاح إذا أشبه قولها كما في البرزلي وفي المعيار عن ابن الحاج أنه يعرف بلوغها في وجهها وقدها ويخبره ثقات النساء فيشهد الشاهد به معتمدا على ذلك الخ . فإن ادعت بعد العقد أنها غير بالغة وقد كانت أقرب به حين العقد ، فلا يلتفت إلى دعواها لأن إقرارها عامل في مثل هذا ، فإن نظر إليها النساء فشهدن بعدم البلوغ ففي البرزلي ونقله (ح) أنه يفسخ النكاح ، وفي المعيار أواخر الكراس الأول من الأنكحة عن اليزناسني أن البينة بعدم بلوغها لا تقبل قائلا قد جاءت الروايات بطرح البينة المقابلة لما أقرت به المرأة فيما تصدق فيه من ذلك دعوى المرأة الإصابة بعدم إرخاء الستر ، وينكرها الزوج ويقيم بينة بالنساء أنها عذراء فيغرم جميع الصداق ومن ذلك لو أقرت المطلقة أنها دخلت في الحيضة الثالثة فينظرنها النساء فلا يرين دما بها فإنها تبين بمجرد قولها . واحتج أيضا بأن النساء يعتمدن في شهادتهن على عدم البلوغ بعدم الإنبات وهي قد تزيل الشعر بحيث لا يرى الناظر شيئا .قلت : وأيضا فإن البلوغ لا ينحصر في الإنبات بل يكون بالاحتلام والسن ، وما للبرزلي هو الذي يقتضيه ابن هلال والفائق كما في شرح ناظم العمل عند قوله : وجاز للنسوة للفرج النظر الخ . وإذا قلنا بقبول بينتها بعدم إقرارها به أو لم يضمن الشهود إقرارها به فإن شهدت بينة بعدم البلوغ بعد أن صرح شهود الصداق بالبلوغ فذلك من التعارض . ولا يقال تصريحهم في." (١)

""""""""" صفحة رقم ٤٠٩ """""""رشد : قوله إذا زوج الأب ابنه وهو صغير لا مال له أن الصداق على الأب وأنه إن كتبه عليه لم يلزمه إلا أن يلتزمه بعد البلوغ وأنه إن دخل قبل البلوغ أو بعده ولم يعلم سقط عنه ولزم الأب وكان شرطه باطلا صحيح ، إذ ليس للأب أن يوجب عليه دينا ويلزمه إياه اه . وتأمل قول (خ) : وصداقهم أن أعدموا على الأب وإن مات أو أيسر وأبعد الخ ومفهوم قوله : حال الصغر إن عقده للسفيه علي شروط لا كلام له ابن رشد : وهو ظاهر (خ) وغيره ، لأن قبول السفيه للشروط معتبر كطلاقه وإذا دخل الصغير بعد بلوغه وعلمه لزمته ولو كان سفيها كذا وجدته مقيدا ، وظاهره ولو على القول يجبر السفيه المشار له بقول (خ) وجبر أب ووصي وحاكم مجنونا إلى قوله : وفي السفيه خلاف فانظره .تنبيه

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٣٧٩/١

: طلاق الصغير في حال صغره غير معتبر بخلاف السفيه وليس لولي الصغير أن يطلق عنه إلا بعوض كما أشار له (خ) في الخلع بقوله : وموجبه زوج مكلف وولي صغير الخ . ولا نفقة للزوجة على الصغير كما أشار له أيضا بقوله يجب لممكنة مطيقة للوطء على البالغ الخ .فصل(فيمن له **الإجبار**) من الأولياء (وما يتعلق به)كمنعه من الضرر واستحباب إذن البكر ذات الأب وإنكاح غير الأب وكون الصمت في البكر إذنا ونحو ذلك .ولما كان الأب لا يجبر في القليل من الصور قدم الكلام عليه ليتفرغ لصور الجبر فقال :ثيوبة النكاح والملك معاللأب الإحبار بها قد منعا (ثيوبة) مبتدأ (النكاح) مضاف إليه (والملك) معطوف على النكاح أي وثيوبة الملك (معا) حال (للأب) يتعلق بمنع آخر البيت (**الإجبار**) مبتدأ ثان (بها) يتعلق به والباء سببية أو بمعنى مع وضميره للثيوبة (قد) للتحقيق (منعا) بالبناء للمفعول خبر المبتدأ الثاني والثاني وخبره خبر الأول والرابط الهاء في بها والنائب في منع ضمير **الإجبار** ، والمعنى أن الأب الحر قد منع إجباره في بنته الحرة البالغة الثيبة بنكاح صحيح أو فاسد كما سيصرح به في قوله : وكالصحيح ما بعقد فاسد الخ . وفي بنته القن إذا عتقت بعد أن ثيبت بوطء السيد وهي بالغ فلا جبر له في هاتين الصورتين ومفهوم النكاح أن ثيوبة غيره كالزنا لا تمنع إجباره وهو كذلك على الراجح من الخلاف الآتي في قوله : وبالحرام الخلف فيها يجري الخ . ثم إن قيد البلوغ معتبر في الصورتين كما قرنا بدليل قوله .: " (١)

""""""""" صفحة رقم ٧٢ """""""""فقط من ولدها بقسمة لحديث : (من فرق بين الأم وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) اه . (إلا مع الإثغار) وهو تمام نبات بدل رواضعه كلها بعد سقوطها ولا يكتفي بنبات البعض ولو المعظم فحينئذ تجوز التفرقة على المشهور ، وقال ابن حبيب : يفرق بينهما إذا بلغ سبع سنين ، وفي كتاب محمد إذا بلغ عشرا . وروى ابن غانم لا يفرق بينهما قبل البلوغ ولابن عبد الحكم ما عاشا . حكى هذه الأقوال صاحب الجواهر ومنشأ الخلاف هل محمل حديث التفرقة على عمومه وغايته أو على أقله الحديث : (ألا لا توله والدة) الخ . وبه يفهم ما في (ق) عن القرافي من قوله : ولها نظائر تحريم الزوجة وحكايات الأذان والإقرارات وغسل الذكر من المذي ومسح اليدين في التيمم والصعيد الطيب فإن آنستم منهم رشدا فتلزم الثلاث في التحريم ويحكي الأذان كله ، ويلزم أكثر الجمع في الإقرار بدراهم م ثلا ويغسل الذكر كله ويمسح اليدين إلى المرفقين ويتيمم على الصعيد الطاهر المثبت وكمال الرشد ، أو يحمل على أقل ذلك في الجميع اه . ومعنى الكمال في الرشد كونه رشيدا في

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٤٠٩/١

المال والدين وأدناه الرشد في المال فقط ، وهو مذهب مالك ثم المعتبر في الإثغار هو الوقت المعتاد لا أن تعجل أو تأخر عنه .ثم **بالإجبار** على الجمع القضاوالخلف إن يكن من الأم الرضا(ثم) إن وقعت التفرقة المنهي عنها أجبر المتبايعان على أن يجمعاهما في ملك بأن يبيع أحدهما الآخر ما في يده أو يبيعا معا لثالث وإلا فسخ العقد الذي حصلت به التفرقة كما قال ثم : (**بالإجبار** على الجمع القضا) ء مبتدأ خبره **بالإجبار** (خ) : وفسخ ما لم يجمعاهما في ملك (والخلف) في جواز التفرقة (إن يكن من الأم الرضا) بها فقيل تجوز بناء على أن الحق في الحضانة للحاضن ، وصرح المازري وغير واحد هنا بمشهوريته وعليه عول (خ) حيث قال : ما لم ترض ، وبه أيضا صدر الناظم في الحضانة حيث قال : الحق للحاضن في الحضانة الخ . وقيل الحق للمحضون ، وقيل لله تعالى وعليهما فلا تجوز التفرقة ولو رضيت الأم . وفي (ت) عن القلشاني أنه المشهور وهو اختيار ابن يونس ، ومفهوم قول الناظم من أمهم أن التفرقة من الأب جائزة وفهم منه أيضا أن التفرقة في الحيوان البهيمي جائزة وبه صرح ابن سلمون قال : ولا يجوز أن يفرق بين الأم وولدها الصغير بخلاف غيرها من الحيوان اه . ونحوه لابن ناجي قال : وروى." (١)

""""""""" صفحة رقم ٥٠٤ """""""النكاح على (البنات) أي بنات محجوره (جاء) اسم فاعل أي مروي عن مالك فيعقد على الأبكار البالغات والثيبات اللاتي لم يملكن أمر أنفسهن ورآه وصيا عليهن بكونه وصيا على أبيهن وقيل لا يكون وصيا عليهن إلا بتقديم وهو ما تقدم عن ابن زرب ، وأما بناته اللاتي ملكن أمر أنفسهن فلا يعقد عليهن وكذا لا يعقد على أخوات محجوره وسائر قراباته فإن فعل مضى على ما ذهب إليه ابن الهندي قاله في المفيد . وفي وثائق ابن فتحون : أن للوصي أن يعقد على كل من كان يعقد عليه المحجور لو كان رشيدا فيدخل إماؤه وأخواته وسائر قراباته لأنه منزل في ذلك منزلة محجورة ، وهذا كله في الأبكار والثيبات البالغات .وعقده قبل البلوغ جاربجعله في البكر **كالإجبار**(و) أما (عقده) على بنات محجوره (قبل البلوغ) فهو (جار بجعله) أي العقد (في البكر) من بنات صلبه أي : فإذا جعل له أن يعقد على بنات صلبه من غير جبر كان له أن يعقد على بنات ذكور محاجيره من غير جبر أيضا (**كالإجبار**) أي كما أنه إذا جعل له إجبار على بنات صلبه كان له أن يجبر بنات ذكور محاجيره وإن جعله وصيا وأطلق ولم يقيد بجبر ولا عدمه فعلى القول بأنه يجبر بنات صلبه فإنه يجبر بنات محجوره كذلك ، وعلى القول بعدم جبر بنات صلبه فلا يجبر بنات محجوره ، وهذا كله هو الملائم لقوله : منسحب على بني المحجور . وقد قال (خ) : وجبره وصي أمره أب به أو عين الزوج وإلا فخلاف ، وسبك كلام الناظم

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٧٢/٢

وعقده على بنات محجوره قبل بلوغهن جار أي جائز نافذ بسبب جعله له في أبكار بناته كما أن إجبارهن كذلك جار على جعله له في أبكار بنات صلبه ، وهذا ظاهر إذا كان للموصي ذكور وإناث وجعل له الجبر وعدمه في الإناث ، فإن لم يكن له إلا الذكور وأوصى عليهم فيجري في جبر بناتهم الخلاف المذكور في بنات الصلب إن أوصى عليهن وأطلق والله أعلم .والنقل للإيصاء غير معملإلا لعذر أو حلول أجل(والنقل للإيصاء غير معمل) يعني أن الحاكم إذا أراد أن ينقل الإيصاء عن الوصي إلى غيره ، أو أراد الوصي أن يتخلى عن الإيصاء بعد قبوله إياه وموت الموصي سواء قبل باللفظ أو بالتصرف له فإنه لا يعمل على ذلك (إلا لعذر) كاختلال عقل الوصي أو طرو فسقه أو سفره سفرا بعيدا (أو حلول أجل) موته فإن للحاكم أن ينقل الإيصاء حينئذ مع العذر المذكور ،." (١)

" وضمان ووكالة وقرض وشركة وعارية ووقف وعتق وطلاق إذ لا يحتاج له فيه ولا في الإبراء لأنه لا معاوضة فيه والنكاح إذ المعاوضة فيه غير محضة والهبة بلا ثواب لانتفاء المعاوضة وكذا الهبة ذات الثواب لا يثبت الخيار فيها لأنها لا تسمى بيعا والمعتمد ثبوت الخيار فيها ولو قبل القبض لأنها بيع حقيقي والشفعة لأن الخيار فيما يثبت ملكه بالاختيار فلا معنى لإثباته فيما ملك بالقهر **والإجبار** و كذا الإجارة بسائر أنواعها على المعتمد لأنها لا تسمى بيعا ولفوات المنفعة بمضي الزمن فألزمنا العقد لئلا يتلف جزء من المعقود عليه لا في مقابلة العوض ولأنها لكونها على معدوم وهو المنفعة عقد غرر والخيار غرر فلا يجتمعان ويفرق بين إجارة الذمة والسلم بأنه يسمى بيعا بخلافها وبأن المعقود عليه يتصور وجوده في الخارج غير فائت منه شيء بمضي الزمن فكان أقوى وأدفع للغرر منه في إجارة الذمة وبينها وبين البيع الوارد على المنفعة كحق الممر بأنه لما عقد بلفظ البيع أعطي حكمه ومن ثم لو عقد بلفظ الإجارة لا خيار فيه فيما يظهر وما قاله القفال وطائفة من أن الخلاف في الإجارة في إجارة العين وأما إجارة الذمة فيثبت الخيار فيها قطعا ونقله الشارح وأقره طريقة ضعيفة والمساقاة كالإجارة والصداق لأن المعاوضة فيه غير محضة مع كونه غير مقصود بالذات وعوض الخلع مثله في الأصح في المسائل الخمس ومرت الإشارة إلى رد مقابل كل منهما وينقطع خيار المجلس بالتخاير من

". (٢)

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٢/٥٠٤

(٢) نهاية المحتاج، ٤/٧

" الابتداء بالتسليم لرضاه بذمته ولاستقرار ملكه لأمنه من هلاكه ونفوذ تصرفه فيه بالحوالة والاعتياض وملك المشتري للمبيع غير مستقر فعلى البائع تسليمه ليستقر أما المؤجل فيجبر البائع قطعا وفي قول المشتري لأن حقه متعين في المبيع وحق البائع غير متعين في الثمن فأجبر ليتساويا وفي قول لا إجبار لأن كلا منهما ثبت له إيفاء واستيفاء فلا ترجيح ورد بأن فيه ترك الناس يتمانعون الحقوق وعليه يمنعهما الحاكم من التخاصم وحينئذ فمن سلم منهما لصاحبه أجبر صاحبه على التسليم إليه وفي قول يجبران لوجوب التسليم عليهما فيلزم الحاكم كلا منهما بإحضار ما عليه إليه أو إلى عدل ثم يسلم كلا ما وجب له والخيرة في البداءة إليه قلت فإن كان الثمن معينا كالمبيع سقط القولان الأولان من الأقوال الثلاثة الأخيرة سواء أكان الثمن نقدا أم عرضا كما صرح به في الشرح الصغير وزوائد الروضة ولا ينافي ذاك تصوير الرافعي في الشرح الكبير سقوطهما في بيع عرض بعرض قال الشارح لأن سكوته عن النقد لا ينفيه وأجبرا في الأظهر والله أعلم لاستواء الجانبين في تعيين كل أما لو باع نيابة عن غيره كوكيل وولي وناظر وقف وعامل قراض لم يجبر على التسليم بل لا يجوز له حتى يقبض الثمن كما يعلم من كلامه في الوكالة ولا يتأتى هنا إلا إجبارهما أو إجبار المشتري ولو تبايع نائبان عن الغير لم يتأت إلا إجبارهما وإذا سلم البائع أجبر المشتري على التسليم في الحال إن حضر الثمن أي عينه إن تعين وإلا فنوعه مجلس العقد للزوم التسليم عليه بلا مانع ولإجباره عليه لم يتخير البائع وإن أصر على عدم التسليم إليه وفي الثانية بالإجبار عليه يصير

(١) ".

" لعين ماله ولا يفتقر لسؤال الغريم ولا يتوقف على فك الحاكم بل ينفك بمجرد التسليم كما جزم به الإمام وتبعه البلقيني خلافا للإسنوي وينفق على ممونه نفقة الموسرين ولا يتعدى للحادث ولا يباع فيه مسكن وخادم ولا يحل به دين مؤجل جزما وإن قيل بحلوله به ثم ولهذا سمى هنا بالغريب فإن كان ماله بمسافة القصر فأكثر من بلد البيع فيما يظهر فلو انتقل للبائع منها إلى بلد آخر فالأوجه كما يقتضيه ظاهر تعليلهم بالتضرر بالتأخير اعتبار بلد البائع لا بلد البيع لا يقال التسليم إنما يلزم محل العقد دون غيره فليعتبر بلد العقد مطلقا لأنا نقول ممنوع لما سيعلم في القرض أن له المطالبة بغير محل التسليم إن لم يكن له مؤنة أو تحملها فإن كان لنقله مؤنة ولم يتحملها طالبه بقيمته في بلد العقد وقت الطلب فإذا أخذها فهي الفيصولة لجواز الاستبدال عنه بخلاف السلم لم يكلف البائع الصبر إلى إحضاره لتضرره بتأخير حقه

(١) نهاية المحتاج، ٤/١٠٣

والأصح أن له الفسخ ولا يحتاج هنا للحجر خلافا لبعض المتأخرين لتعذر تحصيل الثمن كالإفلاس به والثاني ليس له الفسخ بل يباع المبيع ويؤدى حقه من الثمن كسائر الديون فإن صبر البائع إلى إحضار المال فالحجر يضرب على المشتري كما ذكرناه قريبا لئلا يفوت المال وللبائع حبس مبيعه حتى يقبض ثمنه الحال أصالة وكذا للمشتري حبس ثمنه حتى يقبض المبيع الحال كذلك وإنما آثر البائع بالذكر لما قدمه من تصحيح إجباره فذكر شرطه إن خاف فوته بتمليك ماله لغيره أو هربه أو نحو ذلك بلا خلاف لما في التسليم حينئذ من الضرر الظاهر نعم إن تمانعا وخاف كل صاحبه أجبرهما الحاكم كما هو واضح بالدفع له أو لعدل ثم يسلم كلا ماله وإنما الأقوال السابقة إذا لم يخف أي البائع فوته أي الثمن أو المشتري المبيع وتنازعا في مجرد الابتداء بالتسليم واختلاف المكري والمكتري في الابتداء بالتسليم كاختلاف المتبايعين هنا وما قيل من أن اختلاف المسلم والمسلم إليه كذلك مردود كما قاله الشيخ لأن **الإجبار** إنما يكون بعد اللزوم كما مر والسلم إنما يلزم به بعد قبض رأس المال والتفرق من المجلس ولو تبرع البائع للمشتري بالتسليم لم يكن له الحبس وكذا لو أعاره البائع للمشتري كأن أجر عينا ثم باعها لغيره ثم استأجرها من

". (١)

" ولو أحضره أي المسلم فيه ومثله فيما يأتي جميعه كل دين مؤجل قبل محله بكسر الحاء أي وقت حلوله فامتنع المسلم من قوله لغرض صحيح بأن بمعنى كأن فإن المصنف يستعمل ذلك كثيرا وكان حيوانا يحتاج لمؤنة قبل المحل لها وقع كما في المحرر أي عرفا أو غيره واحتاج لها في كراء محله أو حفظه أو كان يترقب زيادة سعره عند المحل فيما يظهر أو وقت غارة الأفصح إغارة وإن وقع العقد وقتها فيما يظهر أو كان يريد أكله عند محله طريا لم يجبر على قبوله وإن كان للمؤدي غرض للضرر وإلا بأن لم يكن للمسلم غرض صحيح في الامتناع فإن كان للمؤدي غرض صحيح كفك رهن أو براءة ضامن أو خوف انقطاع الجنس عند الحلول أجبر لأن امتناعه حينئذ تعنت وكذا يجبر إن أتى إليه به لمجرد غرض البراءة في الأظهر أي براءة ذمة المسلم إليه أو لا لغرض أصلا كما اقتضاه كلام الروض وهو الأوجه لتعنته والثاني لا يجبر للمنة وأفهم اعتباره لغرض المؤدي عند عدم غرض المؤدى إليه أنه لو تعارض غرضاهما قدم الثاني ولو أصر على الامتناع بعد **الإجبار** أخذه الحاكم أمانة عنده له وبرئ المدين ولو كان المسلم غائبا فقياس ما ذكر

(١) نهاية المحتاج، ٤/١٠٥

أن يقبض له في حال غيبته كما قاله الزركشي ولو أحضر المسلم فيه الحال في مكان التسليم لغرض سوى البراءة أجبر المسلم على قبوله أو لغرضها أجبر عليه أو على الإبراء لأن امتناعه وقد وجد

". (١)

" مكان التسليم وزمانه محض عناد فضيق عليه بطلب الإبراء بخلاف المؤجل والحال المحضر في غير محل التسليم ولا يختص **الإجبار** بما مر بل يجبر الدائن على قبول كل دين حال أو الإبراء عنه عند انتفاء غرضه وقد أحضره من هو عليه أو وارثه لا أجنبي عن حي بخلافه عن ميت لا تركة له فيما يظهر لمصلحة براءة ذمته وسيأتي أن الدين يجب بالطلب أداؤه فورا لكن يمهل المدين لما لا يخل بالفورية في الشفعة أخذا من مثلهم ما لم يخف هربه فبكفيل أو ملازم ولو وجد المسلم المسلم إليه بعد المحل بكسر الحاء في غير محل التسليم بفتحها أي مكانه المتعين بالعقد أو الشرط فله الدعوى عليه بالسلم فيه وإلزامه بالسفر معه لمحل التسليم أو يوكل ولا يحبس لأنه لو امتنع لم يلزمه الأداء إن كان لنقله من محل التسليم إلى محل الظفر مؤنة ولم يتحملها المسلم ليتضرر المسلم إليه بذلك بخلاف ما لا مؤنة لنقله كيسير نقد وماله مؤنة وتحملها المسلم لانتفاء الضرر حينئذ قال بعضهم ولا نظر لكونه في ذلك المحل أغلى منه

". (٢)

" موكله عن المبيع فيهما ولو لم يعلم العدل بالزيادة حتى لزم البيع وهي مستقرة قال السبكي الأقرب عندي تبين الفسخ لكن لم أر من صرح به ولو ارتفعت الأسواق في زمن الخيار فينبغي أن يجب عليه الفسخ كما لو طلب بزيادة بل أولى ولم يذكروه ولا فرق في هذا بين عدل الرهن وغيره من الوكلاء والأوصياء ونحوهم ممن يتصرف لغيره ومؤنة المرهون التي بها بقاؤه من نفقة رقيق وكسوته وعلف دابة وأجرة سقي أشجار وجذاذ ثمار وتجفيفها ورد آبق ونحو ذلك على الراهن المالك إجماعا فعلم منه أن مؤنة المرهون المستعار على المالك لا الراهن ويجبر عليها لحق المرتهن على الصحيح حفظا للوثيقة والثاني لا يجبر عند الامتناع ولكن يبيع القاضي جزءا منه فيها بحسب الحاجة إلا أن تستغرق المؤنة الرهن قبل الأجل فيباع ويجعل ثمنه رهنا وعلى الأول لو غاب المالك أو أعسر فكما يأتي في هرب الجمال لا يقال قوله ويجبر

---

(١) نهاية المحتاج، ٤/٢١٧

(٢) نهاية المحتاج، ٤/٢١٨

عليها إلخ حشو غير محتاج له بل يوهم أن الإيجاب متفق عليه وأن الخلاف إنما هو في **الإجبار** وليس كذلك ولو حذفه لكان أصوب نعم لو حذف الواو من قوله ويجبر زال الإبهام خاصة لأنا نمنع ذلك إذ كلام الروضة صريح في أن الخلاف في **الإجبار** وعدمه فقط والاختصاص الخلاف بهذا لم يفرعه على ما قبله ولم يغن عنه من حيث الخلاف ولا من حيث الحكم لأن رعاية حق المرتهن أوجبت عليه حق الملك وحق الله تعالى وقد قدمنا أن كون المؤنة على المالك مجمع عليه إلا ما حكي عن الحسن البصري وحينئذ فثبوت الواو متعين واستثناء المؤن المتعلقة بالمداواة كفصد وحجامة وتوديج دابة وهو بمنزلة الفصد في الآدمي ومعالجة بأدوية حيث لا تجب عليه من كلامهم غير صحيح لعدم تسميتها مؤنة فلم يتناولها كلامهم لكن سيأتي في النفقات أنه يجب على السيد أجرة الطبيب وثمن الأدوية وإن لم يجب عليه ذلك لنفسه اكتفاء بداعية الطبع في حق نفسه بل الرقيق أولى بذلك من القريب فيحمل ما هنا من عدم الوجوب على أنه لا يجب ذلك من خالص ماله بل في عين المرهون يباع جزء منه لأجلها إن لم يتعذر بيع جزء منه وإلا وجب في خالص ماله حفظا

". (١)

" مما ذكراه إذ المسألة مفروضة فيما إذا كان الكسب في طريقه بحيث لا يتأتى في غيره كما هو ظاهر عبارتهم أما لو أحرم بتطوع قبل الحجر ثم حجر عليه قبل إتمامه كان كالواجب كما في الروضة وأصلها في الحج فصل فيمن يلي الصبي مع بيان كيفية تصرفه في ماله ولي الصبي أي الصغير ولو أنثى أبوه إجماعا ثم جده أبو أبيه وإن علا كولاية النكاح وإنما لم يثبت بعدهما لباقي العصبة كالنكاح لقصور نظرهم في المال وكماله في النكاح وتكفي عدالتهما الظاهرة لوفور شفقتهما فإن فسقا نزع الحاكم المال منهم كما ذكراه في باب الوصية وينعزلان بالفسق في أوجه الوجهين وعليه لو فسق بعد البيع وقبل اللزوم لم يبطل البيع في الأصح ويثبت الخيار لمن بعده من الأولياء ولا يعتبر إسلامهما ما لم يكن الولد مسلما إذ الكافر يلي ولده الكافر حيث كان عدلا في دينه والأوجه بقاء ولايته عليه وإن ترافعوا إلينا كالنكاح خلافا للماوردي والروياني قال السبكي وقياس قول من قال في ولاية **الإجبار**

---

(١) نهاية المحتاج، ٤/٢٧٩

". (١)

" ولا لغيره المفهوم بالأولى تصرف فيه بما يضر مطلقا فيحرم عليه وضع الجذوع أي الأخشاب وضع جذع واحد عليه بغير إذن مالكه ولا ظن رضاه في الجديد ولا يجبر المالك عليه لخبر لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وخبر ابن عباس لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس وقياسا على سائر أمواله وأما خبر الصحيحين الذي استدل بظاهره القديم القائل بجواز الوضع من غير إذنه وأنه ليس له منعه وهو لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبه في جداره فأجيب عنه بأنه محمول على الندب لقوة العمومات المعارضة له ويؤيده إعراض من أعرض في زمن أبي هريرة وبأن الضمير في جداره لجاره لقربه أي لا يمنعه أن يضع خشبه في جدار نفسه وإن تضرر به من جهة منع الضوء والهواء ورؤية الأماكن المستطرفة ونحوها ويتأيد بأنه القياس الفقهي والقاعدة النحوية فإنه أقرب من الأولى فوجب عود الضمير إليه وللقديم شروط أن لا يحتاج مالكه إلى وضع جذوعه عليه وأن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدران ولا يبني عليه أزجا ولا يضع عليه ما يضره وأن تكون الأرض له نص عليه وأن لا يملك شيئا من جدران البقعة التي يريد أن يسقفها أو لا يملك إلا جدارا واحدا ولا فرق على القديم بين أن يحتاج إلى فتح شيء في الحائط لتدخل فيه الجذوع أم لا صرح به الماوردي وابن الصباغ وغيرهما لأن رأس الجذع يسد المنفتح ويقوي الجدار بخلاف فتح الكوة ونحوها فإنه لا يجوز وقوله ولا يجبر المالك مفرع على الجديد كما قاله المنكت مجيبها به عن قول المعترض إنه يفهم أنه مجزوم به وأن القولين إنما هما في الجواز ابتداء وليس كذلك فلو حذفه كان أولى وفرض المصنف الخلاف في الجدار بين المالكين قد يخرج الساباط إذا أراد بناءه على شارع أو درب غير نافذ وأن يضع طرف الجذوع على حائط جاره المقابل فإنه لا يجوز إلا بالرضا قطعا كما قاله المتولي وغيره لأن هذا الجدار ليس بين مالكين بل بين مالك وشارع فلو رضي المالك بوضع جذوع أو بناء على جداره بلا عوض وقلنا بعدم الإجبار فهو إعارة

". (٢)

" ذلك ويغرم أرش نفسه وهو ما بين قيمته قائما ومقلوعا كما في إعارة الأرض للبناء قالا ولا تجيء الخصلة الثالثة وهي التملك بالقيمة لأن الأرض أصل فجاز أن يستتبع البناء والجدار تابع فلا يستتبع كذا

---

(١) نهاية المحتاج، ٤/٣٧٣

(٢) نهاية المحتاج، ٤/٤٠٥

قاله البغوي هنا ولا يخالف ما ذكر هنا ما يأتي في العارية من أنه لو أعار الشريك حصته من أرض البناء ثم رجع لا يتمكن من القلع مع الأرش لما فيه من إلزام المستعير تفريغ ملكه عن ملكه لأن المطالبة بالقلع هنا توجهت إلى ما هو بملك المعير بجملته وإزالة الطرف عن ملك المستعير جاءت بطريق اللازم بخلاف الحصة من الأرض فنظير ما هناك إعارة الجدار المشترك وقيل فائدته طلب الأجرة فقط في المستقبل لأن ضرر القلع يتعدى إلى خالص ملك المستعير إذ الجذوع إذا ارتفعت أطرافها عن جدار لا تستملك على الجدار الآخر والضرر لا يزال بالضرر ولو رضي بوضع الجذوع والبناء عليها بعوض وقلنا بمنع **الإجبار** فإن أجر رأس الجدار للبناء عليه فهو إجارة كسائر الأعيان التي تستأجر للمنافع لكن لا يشترط فيها بيان المدة لأنه عقد يرد على المنفعة وتدعو الحاجة إلى دوامه فلم يشترط فيه التأقيت كالنكاح قال الزركشي نعم لو كانت الدار وقفا عليه مثلا وأجره فلا بد من بيان المدة قطعا ذكره القاضي حسين واعتمده الزركشي لامتناع شائبة البيع فيه وإن قال بعته للبناء عليه أو بعت حق البناء عليه فالأصح أن هذا العقد فيه شوب بيع لكونه مؤبدا وإجارة لأن المستحق به منفعة فقط إذ لا يملك المشتري فيها عينا ولو كان إجارة محضة لاشترط تأقيتها أو بيعا محضا لملك رأس الجدار صاحب الجذوع والثاني أنه إجارة محضة واغتفر فيها التأبيد للحاجة كسواد العراق ورد بأنها لا تنفسخ بتلف الجدار فإنه يعود حقه بإعادة الجدار وفاقا والثالث أنه بيع يملك به المشتري رأس الجدار هذا إذا لم يقدر مدة فإن قدر انعقد إجارة قطعا قاله شارح

". (١)

" في ملك الغير وله أن يستند إليه ويسند متاعا لا يضر وله ذلك في جدار الأجنبي وإن منع المالك من ذلك إذ المنع منه عناد محض وهو كالاستضاءة بسراج غيره والاستظلال بجداره وقوله لا يضر من زيادته ولا بد منه وليس له إجبار شريكه على العمارة في الجديد لخبر لا يحل مال امرئ مسلم وأما خبر لا ضرر ولا ضرار فمخصوص بغير هذا إذ الممتنع يتضرر أيضا بتكليفه العمارة والضرر لا يزال بالضرر ويجري ذلك في نهر وقناة وبئر مشتركة واتخاذ سترة بين سطحيهما ونحو ذلك كزراعة أرض مشتركة وكسقي نبات كما قاله القاضي وغيره ورجحه الأذرعي وقول الجوري يلزم أن يسقي الأشجار اتفاقا ضعيف والقديم ونص عليه في الأم والبويطي في مسألة العلو **الإجبار** صيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل قال الزركشي وينبغي تقييد القولين بمطلق التصرف فلو كان لمحجور عليه ومصلحته في العمارة وجب على وليه الموافقة ولا يخفى أن

---

(١) نهاية المحتاج، ٤/٤٠٧

محلهما في غير الوقف أما هو فتجب على الشريك فيه العمارة فلو قال أحد الموقوف عليهم لا أعمر وقال الآخر أنا أعمر أجبر

". (١)

" لا يتعين الكسر لأن الجملة التي يضاف لها حيث لا يشترط ذكر جزأيها وإلا فلهما أي وإن لم يكن يحصل الاتصال المذكور بأن يكون منفصلا عنهما أو متصلا بهما مطلقا أو بأحدهما اتصالا يمكن إحداثه فاليد لهما لانتفاء المرجح وأفهم أنه لا يحصل الترجيح بغير ذلك من نقش بظاهر الجدار كصور وكتابات متخذة من جص أو آجر أو غيره ولا طاقات ومحاريب بباطنه وتوجيه بناء كأن يبني بلبنات مقطعة ويجعل الأطراف الصحاح إلى جانب ومواضع الكسر إلى جانب ومعاقد قمط وهو حبل رقيق يشد به الجريد ونحوه وإنما لم يرجح بهذه الأشياء لأن كون الجدار بين الملكين علامة قوية في الاشتراك فلا يغير بأسباب ضعيفة معظم القصد بها الزينة كالتجصيص والتزويق فإن أقام أحدهما بينة أنه له قضي له به لأن البينة مقدمة على اليد وتكون العرصة له تبعا وإلا أي وإن لم يقم أحدهما بينة بل أقامها كل منهما حلفا أي حلف كل على نفي استحقاق صاحبه للنصف الذي في يده وأنه يستحق النصف الذي بيد صاحبه لأن كل واحد منهما مدعى عليه ويده على النصف فالقول قوله فيه كالعين الكاملة ولا بد أن يضمن يمينه النفي والإثبات كما فسرنا به كلام المصنف فإن حلفا أو نكلا جعل بينهما لظاهر اليد وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي له بالجميع سواء أنكل عن يمين الإثبات أم النفي أم عنهما وإن حلف من ابتدى بيمينه ونكل الآخر حلف الأول اليمين المردودة وقضي له بالكل وإن نكل الأول ورغب الثاني في اليمين فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادعاه الأول ويمين الإثبات للنصف الذي ادعاه هو فيكفيه يمين واحدة يجمع فيها النفي والإثبات كما علم من كلامهم وقول السبكي الظاهر أنه لو حلف أن جميعها له كفاه لأنه متضمن للنفي والإثبات فيه نظر لما مر في التحالف أن اليمين لا يكتفى فيها باللازم ولو كان لأحدهما عليه جذوع لم يرجح لأن وضعها قد يكون بإعارة أو إجارة أو بيع أو قضاء قاض يرى **الإجبار** على الوضع فلا يترك المحقق بالمحتمل ولأن الجذوع كالأمتعة فيما لو تنازعا اثنان دارا بيدهما ولأحدهما أمتعة وعبر بالجذوع دون الجذع تبعا للمحرر لينص على خلاف أبي حنيفة فإن عنده الترجيح بالجمع دون الواحد وفي

---

(١) نهاية المحتاج، ٤/٤١١

". (١)

" وللوكيل أن يقبل أو لا كما ذكر مع التصريح بوكالته إن جهلت ثم يجيبه الولي ولا يرد عليه هذا للعلم به مما قدمه في الصيغة ولو كانا وكيلين قال وكيل الولي زوجت بنت فلان من فلان وقال وكيل الزوج ما ذكر وإنكار الموكل في نكاحه للوكالة يبطل النكاح بالكلية بخلاف البيع لوقوعه للوكيل كما مر ولو أراد الأب قبول نكاح لابنه محجوره فليقل له الولي زوجت فلانة بابنك فيقول الأب قبلت نكاحها لابني ولا يشترط في التوكيل بإيجاب النكاح أو قبوله ذكر المهر فإن لم يذكره الزوج عقد له وكيله على من تكافئه بمهر المثل فأقل فإن عقد بأزيد صح بمهر المثل كنظيره في الخلع خلافا لما في الأنوار وإن عقد وكيل الولي بدون ما قدره له صح بمهر المثل خلافا لابن المقري ويمكن حمل كلامه والأنوار في نفي الصحة على المهر لا النكاح وإن عقد وكيل الزوج بأكثر مما أذن له فيه صح بمهر المثل خلافا لما في الأنوار كما مر نظيره ولو قال شخص لآخر زوجني فلانة بعبدك هذا مثلا ففعل صح وملكته المرأة في أوجه الوجهين كما اعتمده الوالد رحمه الله تعالى تبعا للأذرعي وكان قرضا لا هبة فيما يظهر كما اقتضاه ما مر في الوكالة في اشتر لي عبد فلان بثوبك هذا ويلزم المجبر أي الأب والجد وإن لم يكن لهما الإجبار في بعض الصور الآتية فالمراد به من شأنه الإجبار ومثله الحاكم عند عدمه أي أصلا أو بأن لم يمكن الرجوع إليه والمجبر بالنصب مفعول مقدم تزويج بالرفع فاعل مؤخر مجنونة أطبق جنونها بالغة محتاجة للوطء نظير ما يأتي أو للمهر أو للنفقة ولو ثيبا وحذف الحاجة اكتفاء بالبلوغ لأنه مظنتها غالبا ومجنون أطبق جنونه بالغ ظهرت حاجته بظهور أمارات توقانه بدورانه حول النساء أو بتوقع الشفاء بقول عدل طبيب أو باحتياجه لمن يخدمه ولم يوجد من يقوم بذلك من نحو محرم ومؤن النكاح أخف من ثمن سرية ومؤنتها ولا نظر إلى أن الزوجة لا يلزمها خدمته وإن وعدت فقد لا تفي اكتفاء بداعية طبعها ومسامحتها

". (٢)

" وأفتى الوالد رحمه الله تعالى بأن حافظ القرآن عن ظهر قلب مع عدم معرفة معناه لا يكافئ ابنة من لا يحفظه والأصح أن اليسار عرفا لا يعتبر في بدو ولا حضر ولا عرب ولا عجم لأن المال ظل زائل وحال حائل وطود مائل ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر وأما خبر الحسب المال وأما معاوية فصعلوك

---

(١) نهاية المحتاج، ٤/٤١٧

(٢) نهاية المحتاج، ٦/٢٤٦

فمحمول أولهما على أن حكمته مطابقة الخبر الآخر تنكح المرأة لحسبها ومالها الحديث أي أن الغالب في الأغراض ذلك ووكل صلى الله عليه وسلم شأن ذم المال إلى ما عرف من الكتاب والسنة في ذمه لا سيما قوله تعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة إلى قوله وإن كل ذلك لما متاع الحياة الدنيا وقوله صلى الله عليه وسلم إن الله يحمي عبده المؤمن من الدنيا كما يحمي أحدكم مريضه من الطعام والشراب ولو سويت الدنيا عند الله جناح بعوضة ما سقى كافرا منها شربة ماء ومن ثم قال الأئمة لا يكفي في الخطبة الاقتصار على ذم الدنيا لأنه مما تواصى به منكرو المعاد أيضا وثانيهما على أنه تصح بما يعد عرفا منفرا وإن لم يكن منفرا شرعا فاندفع ما للأذرعي وغيره هنا والثاني لا يعتبر لأنه إذا كان معسرا لم ينفق على الولد وتتضرر هي بنفقته عليها نفقة المعسرين بلزوم نفقته لها عند فقد ما يقوم به غيرها وعلى الأول لو زوجها وليها **بالإجبار** بمعسر بحال صداقها عليه لم يصح النكاح كما مر وليس مبنيا على اعتبار اليسار كما قاله الزركشي بل لأنه بخسها حقها فهو كما لو زوجها من غير كفء ولا يعتبر الجمال والبلد قال في الروضة وليس البخل والكرم والطول والقصر معتبرا قال الأذرعي وفيما إذا أفرط القصر في الرجل نظر وينبغي أن لا يجوز للأب تزويج ابنته ممن هو كذلك فإنه مما تتعير به المرأة و الأصح أن بعض الخصال المعتبرة في الكفاءة لا يقابل ببعض أي إذ لا تجبر نقيصة بفضيلة فلا تزوج حرة عجمية برقيق عربي ولا سليمة من العيوب دنيئة بمعيب نسيب ولا حرة فاسقة بعبد عفيف ومقابل الأصح أن دناءة نسبه تنجبر بعفته الظاهرة وأن الأمة العربية يقابلها الحر العجمي وما حكاه الشارح عن الإمام من أن التنقي من الحرف الدنيئة يعارضه الصلاح وفاقا واليسار إن اعتبر يعارض بكل

(١) ".

" خصلة غيره مبني على مقابل الأصح وصورة ذلك أنه لو كان أبوها سالما من الحرف الدنيئة وأبوه غير سالم منها لكنه صالح جبر الصلاح جميع ما ذكر وكان كفء لها وليس له أي الأب تزويج ابنه الصغير أمة لأنه مأمون العنت بخلاف المجنون يجوز تزويجه بها بشرط وكذا معيبة بعيب يثبت الخيار فلا يصح النكاح على المذهب لأنه خلاف الغبطة وفي قول يصح ويثبت له الخيار إذا بلغ وقطع بعضهم بالبطلان في تزويجه الرتقاء والقرناء لأنه بذل مال في بضع لا ينتفع به بخلاف تزويج الصغيرة مجبوبا وإن زوج المجنون أو الصغير عجوزا أو عمياء أو قطعاء أو الصغيرة بهرم أو أعمى أو أقطع فوجهان أصحهما كما قاله

(١) نهاية المحتاج، ٦/٢٦٠

البلقيني وغيره عدم الصحة في صورة المجنون والصغير ونقلوه عن نص الأم لأنه إنما يزوجهما بالمصلحة وهي منتفية في ذلك بل عليهما ضرر فيه وقضية كلام الجمهور في الكلام على الكفاءة تصحيح الصحة في صور الصغيرة لأن وليها إنما يزوجها **بالإجبار** من الكفء وكل من هؤلاء كفء فالمأخذ في هذه وما قبلها مختلف إذ الملحظ ثم العار وهنا المصلحة ولأن تزويجها يفيدها وتزويجه يغرمه فاحتيط له أكثر وهذا هو الأوجه لكن يظهر حرمة ذلك عليه أخذا مما مر في شروط **الإجبار** ويجوز تزويجه من لا يكافئه بباقي الخصال في الأصح لأن الرجل لا يتعير باستفراش من لا تكافئه نعم يثبت له الخيار إذا بلغ كما اقتضاه كلام الشارح والروضة وإن نازع في ذلك الأذرعي فقد صرحا به في أول الخيار وحيث قالا لو زوج الصغير من لا تكافئه وصححناه فله الخيار إذا بلغ والثاني لا يصح ذلك لأنه قد لا تكون له فيه غبطة

". (١)

"كان الحكم كذلك وأما الأمة إذا لم تكن أم ولد فتباع وقد لا تكفي الواحدة أيضا للخدمة فيزاد بحسب الحاجة أما لو كان متقطع الجنون فلا يزوج حتى يأذن بعد إفاقته ولا بد أن يقع العقد حال الإفاقة فلو جن قبله بطل الإذن كما مر وتقدم أنه يلزم المجبر تزويج مجنون ظهرت حاجته مع مزيد إيضاح وله أي الأب فالجد تزويج صغير عاقل غير ممسوح أكثر من واحدة ولو أربعا إن رآه الولي مصلحة لأن تزويجه منوط بها وقد يقتضي ذلك أما الصغير الممسوح ففي تزويجه الخلاف في الصغير المجنون قاله الجويني ويؤخذ من نظرهم لشفقة الولي أن من بينه وبين ابنه عداوة ظاهرة لا يفعل ذلك وهو نظير ما مر في المجبرة إلا أن يفرق ويدل للفرق إطلاقهم لولاية ماله ويزوج جوازا المجنونة إن أطبق جنونها نظير ما مر أب أو جد إن فقد الأب أو انتفت ولايته إن ظهرت مصلحة في تزويجها من كفاية نحو نفقة وقضية تقييده كغيره بالظهور عدم الاكتفاء بأصل المصلحة والأوجه خلافه أخذا مما مر في التصرف في مال اليتيم ولا تشترط الحاجة إلا في الوجوب كما مر بخلاف المجنون لأن تزويجه يغرمه وسواء في جواز تزويج الأب فالجد المجنونة للمصلحة صغيرة وكبيرة ثيب وبكر بلغت مجنونة أو عاقلة ثم جنت لأنه لا ترجى لها حالة تستأذن فيها والأب والجد لهما ولاية **الإجبار** في الجملة فإن لم يكن للصغيرة المجنونة ولو ثيبا أب وجد لم تزوج في صغرها ولو لغبطة إذ لا إجبار لغيرهما ولا حاجة في الحال لها فإن بلغت زوجها ولو ثيبا السلطان الشامل لمن مر في الأصح كما يلي مالها ويسن له مراجعة أقاربها وأقارب المجنون فيما مر تطييبا لقلوبهم

(١) نهاية المحتاج، ٦/٢٦١

ولأنهم أعرف بمصلحتها ولهذا قال المتولي يراجع الجميع حتى الأخ والعم والخال وقيل تجب المراجعة وعليه يراجع الأقرب فالأقرب من الأولياء لو لم يكن جنون والثاني يزوجها القريب بإذن السلطان مقام إذنها وتزوج للحاجة التي مر تفصيلها لا لمصلحة كنفقة ويؤخذ من جعل هذا مثالا للمصلحة أن الفرض فيمن لها منفق أو مال يغنيها عن الزوج وإلا كان الإنفاق حاجة أي حاجة في الأصح

". (١)

" حينئذ على ما بحثه ابن الرفعة كامرأة لا ولي لها بل أولى لكن أفتى الوالد بخلافه فإن وطئ منكوحته الرشيدة المختارة لم يلزمه شيء أي حد قطعا للشبهة ومن ثم لحقه الولد ولا مهر ولو بعد فك الحجر عنه كما نص عليه في الأم سواء في ذلك الظاهر والباطن وما نقل عن النص من لزومه ذمته في الباطن ضعيف أما صغيرة أو مكرهة أو نائمة أو مجنونة أو سفيهة فالأوجه وجوبه لها كما صرح به الماوردي في المكرهة وغيرها ممن ذكر مثلها إذ لا يصح تسليطهن ومن ثم لو كملت بعد العقد وعلمت بسفهه ومكنته مطاوعة لم يجب لها شيء كما هو ظاهر وإنما أثر قول سفيه لآخر اقطع يدي مثلا فقطعها حيث لم يلزمه شيء ولم يؤثر هنا لأن البضع محل تصرف الولي فكان إذنها في إتلافه غير معتبر بخلاف قطع اليد ونحوها ولأن البضع مقوم بالمال شرعا ابتداء فلم يكن لإذنها مع سفهها مدخل فيه بخلاف قطع نحو اليد وقول الإسنوي ينبغي أن تكون المزوجة **بالإجبار** كالسفيهة فإنه لا تقصير من قبلها فإنها لم تأذن والتمكين واجب عليها مردود إذ لا يجب عليها التمكين حينئذ وقيل يلزمه مهر مثل لئلا يخلو الوطء عن عقر أو عقوبة وقيل أقل متمول لأن به يندفع الخلو المذكور ومن حجر عليه بفلس صح نكاحه كما قدمه في الفلس وأعاده هنا توطئة لما بعده وذلك لصحة عبارته وذمته ومؤن النكاح في كسبه لا فيما معه لتعلق حق غرمائه به مع إحداثها باختياره بخلاف الولد المتجدد فإن لم يكن كسب بقي في ذمته ولها الفسخ بإعساره بشرطه وما بحثه بعضهم من تخييرها حالة جهلها مردود أما النكاح السابق على الحجر فمؤنه فيما معه إلى قسمة ماله أو استغنائه بكسب ونكاح عبد ولو مدبرا ومبعضا ومكاتبا ومعلقا عتقه بصفة بلا إذن سيده ولو أنثى أو كافرا باطل للحجر عليه وللحجر الصحيح أيما مملوك تزوج بغير إذن

---

(١) نهاية المحتاج، ٦/٢٦٣

". (١)

" الثاني أنه لا يطالب بالطلاق بخصوصه ولكن يقال له إن فئت عصيت وأفسدت عبادتك وإن طلقت ذهبت زوجتك وإن لم تطلق طلقنا عليك كمن غصب دجاجة ولؤلؤة فابتلعتها يقال له إن ذبحتها غرمتها وإلا غرمت اللؤلؤة ورد بأن الابتلاع المانع ليس منه وهنا المانع من الزوج وعلى الأول لو زال الضرر بعد فيئة اللسان طولب بالوطء أما إذا قرب التحلل أو استمهل في الصوم إلى الليل أو في الكفارة إلى العتق أو الإطعام فإنه يمهل وقدر البغوي الأخير بيوم ونصف وقدره غيره بثلاثة وهو الأقرب فإن عصى بوطء في القبل أو الدبر وقد أطلق الامتناع من الوطء سقطت المطالبة وانحلت اليمين وتأثم بتمكينه قطعا إن عمهما المانع كطلاق رجعي أو خصها كحيض وكذا إن خصه على الأصح لأنه إعانة على معصية وإن أبى عند ترافعهما إلى الحاكم فلا يكفي ثبوت إبائه مع غيبته عن مجلسه إلا عند تعذر إحضاره لتواريه أو تعززه الفيئة والطلاق فالأظهر أن القاضي يطلق عليه بسؤالها طلقة واحدة وإن بانت بها نيابة عنه إذ لا سبيل إلى دوام ضررها ولا إجباره على الفيئة لعدم دخولها تحت الإجبار والطلاق يقبل النيابة فناب فيه عنه الحاكم عند الامتناع كما يزوج عن العاضل ويستوفي الحق من المماطل بأن يقول أوقعت عليها طلقة أو طلقتها عنه أو أنت طالق عنه فلو حذف عنه لم يقع شيء كما قاله الدارمي في الاستذكار وخرج بطلقة ما زاد عليها فلا يقع كما لو بان أنه فاء أو طلق فإن طلقها ثم طلقها الزوج نفذ تطليقه كما اقتضاه كلام الروضة ونفذ تطليق الزوج أيضا وإن لم يعلم بطلاق القاضي كما صححه ابن القطان فلو طلقا معا وقع الطلاقان لإمكان تصحيحهما بخلاف بيع غائب بانت مقارنته لبيع الحاكم عنه لتعذر تصحيحهما فقدم الأقوى فإن طلق مع الفيئة لم يقع الطلاق كما استظهره الشيخ لأنها المقصودة والثاني لا تطلق عليه لأن الطلاق في الآية مضاف إليه بل يحبسه أو يعزره ليفيء أو يطلق و الأظهر أنه لا يمهل للفيئة بالفعل فيما إذا استمهل لها ثلاثة أيام لزيادة إضرارها أما الفيئة باللسان فلا يمهل قطعا كالزيادة على الثلاث وأما ما دونها فيمهل له لكن يقدر ما ينتهي فيه مانعه كوقت الفطر للصائم والشبع للجائع والخفة للمبتلى وقدر بيوم فأقل والثاني يمهل ثلاثة أيام لقربها وقد ينشط فيها للوطء و الأظهر أنه إذا وطئ بعد مطالبة أو قبلها بالأولى لزمه كفارة يمين إن كان حلفه بالله تعالى لحنثه والمغفرة والرحمة في الآية لما عصى به من الإيلاء فلا ينفيان الكفارة المستقر وجوبها في كل حنث والثاني لا يلزمه لظاهر الآية ورد بما مر أما إذا حلف بالتزام ما يلزم فإن كان

---

(١) نهاية المحتاج، ٦/٢٦٧

". (١)

" على البت وقوله ولو نكل المنكر أو المدعي عن اليمين إلخ مصور بما لو ادعت مزوجة **بالإجبار** لم يسبق منها مناف رضاعا محرما فهي مدعية ويقبل قولها فلو نكلت وردت اليمين على الزوج حلف على البت ولا يعارضه قولهم يحلف منكره على نفي العلم إذ محله في اليمين الأصلية كما مر ولو ادعت الرضاع فشك الزوج فلم يقع في نفسه صدقها ولا كذبها حلف كما جزم به في الأنوار وما في الروضة من أنه لا يحلف بناء على أنه يحلف على البت وجه ضعيف ويثبت الرضاع بشهادة رجلين وإن تعمد النظر لثدييها لغير الشهادة وتكرر منهما لأنه صغير لا يضره إدمانها حيث غلبت طاعاته معاصيه أو رجل وامرأتين وبأربع نسوة لاطلاعهن عليه غالبا كالولادة ومن ثم لو كان النزاع في الشرب من ظرف لم يقبلن لأن الرجال يطلعون عليه نعم يقبلن في أن ما في الظرف لبن فلانة لأن الرجال لا يطلعون على الحلب غالبا والإقرار به شرطه أي شرط ثبوته رجلان لاطلاع الرجال عليه غالبا ولا يشترط فيه تفصيل المقر ولو عاميا لأن المقر يحتاط لنفسه فلا يقر إلا عن تحقيق وبه فارق ما يأتي في الشاهد وذكر المصنف المسألة هنا تتميما لما يثبت به الرضاع فلا ينافي ذكرها في الشهادات مع أنه محلها وتقبل شهادة المرضعة مع غيرها إن لم تطلب أجرة عليه وإلا لم تقبل لاتهامها حينئذ ولا ذكرت فعلها بأن قالت بينهما رضاع محرم وذكرت شروطه وكذا تقبل إن ذكرته فقالت أرضعته أو أرضعتها وذكرت شروطه في الأصح لانتفاء التهمة مع كون فعلها غير مقصود بالإثبات إذ العبرة بوصول اللبن لجوفه ولا نظر إلى إثبات المحرمية لأنه غرض تافه لا يقصد كما تقبل الشهادة بعتق أو طلاق وإن استفاد بها الشاهد حل المنكوحة بخلاف شهادة المرأة بولادتها لظهور التهمة بجرها لنفسها حق النفقة والإرث وسقوط القود والثاني لا تقبل لذكرها فعل نفسها قياسا على شهادتها بولايتها ورد بما مر والأصح أنه لا يكفي قول الشاهد بالرضاع بينهما رضاع محرم بل يجب ذكر وقت وعدد كخمس رضعات متفرقات في الحياة بعد التسع وقبل الحولين لاختلاف العلماء

". (٢)

" للمريضة والرتقاء فإن امتنعت سقطت فإن اختلفا فيه أي التمكين بأن ادعته وأنكره صدق بيمينه ومن ثم لو اتفقا عليه وادعى سقوطه بنشوزها فأنكرت صدقت لأن الأصل حينئذ بقاؤه فإن لم تعرض نفسها

---

(١) نهاية المحتاج، ٨٠/٧

(٢) نهاية المحتاج، ١٨٥/٧

عليه مدة فلا نفقة لها فيها أي تلك المدة وإن لم يطالبها ولم تعلم بالعقد كأن زوجت **بالإجبار** كما هو ظاهر لعدم التمكين وإن عرضت نفسها عليه إن كان مكلفا وإلا فعلى وليه بأن أرسلت له غير المحجورة أو ولي المحجورة إني ممكنة أو ممكن وجبت النفقة والكسوة ونحوها من بلوغ الخبر له لأنه المقصر حينئذ فإن غاب الزوج عن بلدها ابتداء أو بعد تمكينها ثم نشوزها كما يأتي ثم أرادت عرض نفسها لتجب لها مؤنتها رفعت الأمر للحاكم فأظهرت له التسليم وحينئذ كتب الحاكم وجوبا كما هو ظاهر لحاكم بلده إن عرف ليعلمه بالحال فيجيء لها أو يوكل من يتسلمها ويحملها إليه وتجب مؤنتها من وصوله بنفسه أو وكيله فإن لم يفعل ذلك مع قدرته عليه ومضى بعد أن بلغه ذلك زمن إمكان وصوله إليها فرضها القاضي في ماله من حين إمكان وصوله وجعل كالمتسلم لها لأن الامتناع منه أما لو لم يعرف فليكتب لحكام البلاد التي تردها القوافل عادة من تلك البلدة ليطلب وينادي باسمه فإن لم يظهر فرض الحاكم نفقتها الواجبة على المعسر ما لم يعلم أنه بخلافه في ماله الحاضر ويجوز له أن يفرض دراهم ويأخذ منها كفيلا بما تأخذه منه لاحتمال عدم استحقاقها كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى فإن لم يكن له مال حاضر اتجه اقتراضه عليه أو إذنه لها في الاقتراض أما إذا منعه من السير أو التوكيل عذر فلا يفرض عليه شيء لانتفاء تقصيره ورجح الأذرعي وغيره قول الإمام يكتفي بعلمه من غير جهة الحاكم ولو بإخبار من تقبل روايته والمعتبر في مجنونة ومراهقة قيل الأحسن ومعصر لأن المراهقة وصف مختص

"(١).

" لا بيع والربا إنما يتصور جريانه في العقد دون غيره ويعلم مما تقرر أنها لو كانت بيعا امتنع ذلك في الربوي إذ لا يجوز لأحد أخذ زائد على حقه فيه ولو مع الرضا فيأتي فيه هنا جميع ما مر في باب الربا في متحدي الجنس ومختلفيه وفي قاعدة مد عجوة وتصح قسمة الإفراز فيما تعلقت الزكاة به قبل إخراجها ثم يخرج كل زكاة ما آل إليه ولا يتوقف صحة تصرف ما أخرج على إخراج الآخر وقد نقل الإمام عن الأصحاب أنهما لو تراضيا بالتفاوت جاز وما نازعهم به من أن الوجه منعه في الإفراز مردود ويؤيد ما ذكرناه تصريحهم بجواز قسمة الثمر على الشجر ولو مختلطا من نحو بسر ورطب ومنصف وتمر جاف خرصا بناء على أنها إفراز وهو صريح في ذلك الثاني القسمة بالتعديل بأن تعدل السهام بالقيمة كأرض تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة إنبات وقرب ماء ونحوهما مما يرفع قيمة أحد الطرفين على الآخر كبستان بعضه

---

(١) نهاية المحتاج، ٧/٢٠٤

نخل وبعضه عنب ودار بعضه، من حجر وبعضها من لبن فيكون الثلث لجودته كالثلثين قيمة فيجعل سهما وهما سهمان إن كانت نصفين فإن اختلفت كنصف وثلث وسدس جعلت ستة أجزاء بالقيمة لا بالمساحة فعلم أنه لا بد من علم القيمة عند التجزئة ويجبر الممتنع منها عليها أي قسمة التعديل في الأظهر إلحاقا للتساوي في القيمة به في الأجزاء نعم إن أمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده لم يجبر عليها فيهما كأرضين يمكن قسمة كل منهما بالأجزاء فلا يجبر عن التعديل كما بحثاه ولا يمنع من **الإجبار** في المنقسم الحاجة إلى بقاء طريق ونحوها مشاعة بينهم يمر كل منهما فيها إلى ما خرج له إذا لم يمكن إفراد كل بطريق ولو اقتسما بالتراضي المتسفل لواحد والمستعلي لآخر ولم يتعرضا للسطح بقي مشتركا بينهما كما هو ظاهر وكأنه إنما لم ينظر لبقاء العلقة بينهما لأن السطح تابع كالطريق والثاني لا لاختلاف الأغراض والمنافع ولو استوت قيمة دارين أو حانوتين سو اء أكانا متلاصقين أم لا فطلب جعل كل لواحد فلا إجبار لأن الأغراض تختلف باختلاف المحل والأبنية نعم لو اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة مستوية القيمة لا يحتمل آحادها القسمة فطلب أحدهما قسمة أعيانها أجيب إن زالت الشركة بها قال الجيلي إلا أن تنقص القيمة بقسمتها وخرج بقوله كل لواحد ما لو لم يطلب أحد خصوص ذلك فيجبر الممتنع أو استوت قيمة متقوم نحو عبيد أو ثياب من نوع وصنف واحد فطلب جعل كل لواحد كثلاثة أعبد مستوية كذلك بين ثلاثة وكثلاثة يساوي اثنان منها واحدا بين اثنين أجبر إن زالت الشركة بها لقلة اختلاف الأغراض فيها أو من نوعين أو صنفين كهندي وتركي وضائنتين مصرية وشامية استوت قيمتهما أم لا وكعبد وثوب فلا إجبار لشدة تعلق الغرض بكل نوع وعند الرضا بالتفاوت في قسمة هي بيع قال الإمام لا بد من لفظ البيع لأن لفظ القسمة يدل على التساوي لكن نازعه البلقيني إذا جرى أمر ملزم وهو الـقبض بالإذن أي ويكون الزائد عند العلم كالموهوب المقبوض ولمستأجري أرض تناوبها وقسمتها وهل يدخلها **الإجبار** وجهان وقضية **الإجبار** في كراء العقب

". (١)

" **الإجبار** هنا إلا أن يفرق بتعذر الاجتماع على كل جزء من أجزاء المسافة فتعينت القسمة إذ لا يمكن استيفاؤهما المنفعة إلا بها بخلافها هنا وهو ظاهر ولو ملكا شجرا دون أرضه فالمتجه أنهما إن استحقا منفعتها على الدوام بنحو وقف لم يجبرا على القسمة أخذا مما مر عن الماوردي والروياني لأن استحقاق المنفعة الدائمة كملكها فلم تنقطع العلقة بينهما وإن لم يستحقاها كذلك أجبرا إن كانت إفرازا أو

(١) نهاية المحتاج، ٢٨٨/٨

تعديلا ولا نظر لبقاء شركتهما في منفعة الأرض لأنها بصدد الانقضاء كما لا نظر لشركتهما في نحو التمر مما لا يمكن قسمته ويأتي في قسمتهما المنفعة الوجهان المتقدمان الثالث القسمة بالرد وهي التي يحتاج فيها لرد أحد الشريكين للآخر مالا أجنبيا بأن أي كأن يكون في أحد الجانبين ما يتميز به وليس في الآخر ما يعادله إلا بضم شيء من خارج إليه ومنه بئر أو شجر مثلا لا تمكن قسمته فيرد من يأخذه قسط قيمته أي نحو ‌البئر أو الشجر فإذا كانت قيمة كل جانب ألفا وقيمة نحو البئر ألفا رد من أخذ جانبها خمسمائة وما اقتضته عبارة الروضة وأصلها والمحرر على ما قيل من رد الألف خطأ وما يمكن قسمته ردا وتعديلا يجاب طالب قسمته إجبارا وإلا اشترط اتفاقهما على واحدة بعينها ولا إجبار فيه أي في هذا النوع لأنه دخله ما لا شركة فيه وهو المال المردود وهو أي هذا النوع وهو قسمة الرد بيع لوجود حقيقته وهو مقابلة المال بالمال فثبتت أحكامه من نحو خيار وشفعة نعم لا يفتقر للفظ تمليك وقبول بل الرضا قائم مقامهما ولهما الاتفاق على أن من يأخذ النفيس يرد وأن يحكما القرعة ليرد من خرج له وكذا التعديل أي قسمته بيع على المذهب لأن كل جزء مشترك بينهما والطريق الثاني طرد القولين في قسمة الأجزاء وقسمة الأجزاء بإجبار أو دونه إفراز للحق أي يتبين بها أن ما خرج لكل هو الذي ملكه كالذي في الذمة لا يتعين إلا بالقبض في الأظهر إذ لو كانت بيعا لما دخلها **الإجبار** ولما جاز فيها الاعتماد على القرعة ولا يشكل ذلك بقسمة التعديل فإنها بيع ودخلها **الإجبار** وجاز الاعتماد فيها على القرعة لأن كلا منهما لما انفرد ببعض المشترك بينهما صار كأنه باع ما كان له بما كان للآخر ولم نقل بالتبين كما قيل به في الإفراز للتوقف هنا على التقويم وهو تخمين قد يخطئ ومن ثم كانت قسمة الرد بيعا لذلك وإنما وقع **الإجبار** في قسمة التعديل للحاجة إليه كما يبيع الحاكم مال المدين جبرا ولم يقع في الرد لأنه إجبار على دفع مال غير مستحق وهو بعيد والثاني أنها بيع لأن ما من جزء من المال إلا وكان مشتركا بينهما فإذا اقتسما فكأنه باع كل منهما ما كان له في

"(١)

" حصة صاحبه بما له في حصته وصححه الشيخان في أوائل الربا وزكاة المعشرات ويجوز قسمة الوقف من الملك أو وقف آخر إن كانت إفرازا لا بيعا سواء أكان الطالب المالك أم الناظر أم الموقوف عليهم ونظير ذلك ما في المجموع في الأضحية إذا اشترك جمع في بدنة أو بقرة لم تجز القسمة إن قلنا

---

(١) نهاية المحتاج، ٢٨٩/٨

إنها بيع على المذهب وبين أرباب الوقف تمتنع مطلقا لأن فيه تغييرا لشرطه قال البلقيني هذا إذا صدر الوقف من واحد على سبيل واحد فإن صدر من اثنين فقد جزم الماوردي بجواز القسمة كما تجوز قسمة الوقف عن الملك وذلك أرجح من جهة المعنى وأفتيت به انتهى وكلامه متدافع فيما إذا صدر من واحد على سبيلين أو عكسه والأقرب في الأول بمقتضى ما قاله الجواز وفي الثاني عدمه نعم لا تمتنع المهايأة حيث رضوا بها لانتفاء التغيير بها ولعدم لزومها ويشترط في قسمة الرد الرضا باللفظ بعد خروج القرعة لأنها بيع وهو لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى التراضي بعده ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه كقسمة تعديل وإفراز اشترط فيما إذا كان هناك قرعة الرضا بعد القرعة في الأصح كقولهما رضينا بهذه القسمة أو بهذا أو بما أخرجته القرعة أما في قسمة التعديل فلأنها بيع كقسمة الرد وأما في غيرها فقياسا عليها لأن الرضا أمر خفي فوجب أن يناط بأمر ظاهر يدل عليه ولا يشترط لفظ نحو بيع وإن لم يحكما القرعة كأن اتفقا على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين والآخر الآخر أو أحدهما الخسيس والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فلا حاجة لتراض آخر أما قسمة ما قسم إجبارا فلا يعتبر الرضا فيها لا قبل القرعة ولا بعدها واعترضت عبارته بأن فيها خللا من أوجه إذ ما لا إجبار فيه قسمة الرد فقط وقد جزم باشتراط الرضا فلزم التكرار والجزم أولا وحكاية الخلاف ثانيا وأنه عبر بالأصح وفي الروضة بالصحيح وأنه عكس ما بأصله فإنه لم يذكر فيه هذا الخلاف إلا في قسمة الإجبار فكأنه في الكتاب أراد أن يكتب ما فيه إجبار فكتب ما لا إجبار فيه ولعل عبارته ما لا إجبار فيه فحرفت وبهذا يزول التكرار والتناقض والتعاكس وأنه أطلق الخلاف وأجيب بأن مراده بما لا إجبار فيه كما دل عليه السياق أنه لا إجبار فيه الآن باعتبار جريانه بالرضا وإن كان أصله الإجبار وعبارة المحرر القسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي والمراد بها ما ذكرناه أيضا وقد أشار الشارح إلى ذلك غير أن دعواه أصرحية عبارة الكتاب على الأصل محل نظر لا يخفى ولو ثبت بإقرار أو علم قاض أو يمين رد أو

---

(١) ".

" ببينة ذكرين عدلين دون غيرهما فيما يظهر غلط وإن لم يكن فاحشا أو حيف وإن قل في قسمة إجبار نقضت كما لو ثبت ظلم قاض أو كذب شاهد ولا يحلف قاسم كقاض واستشكال ابن الرفعة بأنه نقض للشيء بمثله ولا مرجح رد بأن الأصل المحقق الشيوع فيرجح به قول مثبت النقض وخرج بقوله إجبار

---

(١) نهاية المحتاج، ٨/٢٩٠

ما إذا كانت تعديلا أو ردا فلا نقض فيها لأنها بيع ولا أثر للغلط والحيف فيه كما لا أثر للغبن فيه لرضا صاحب الحق بتركه فإن لم تكن بينة وادعاه أي أحدهما واحد من الشريكين أو الشركاء على شريكه وبين قدر ما ادعاه فله تحليف شريكه أنه لا غلط ولا زائد معه أو أنه لا يستحق عليه ما ادعاه ولا شيئا منه فإن حلف مضت وإلا حلف المدعي ونقضت كما لو أقر ولا تسمع الدعوى على القاسم من جهة الحاكم لأنه لو أقر لم ينقض نعم بحث الزركشي سماعها عليه رجاء أن يثبت حيفه فيرد الأجرة ويغرم كما لو قال قاض غلطت في الحكم أو تعمدت الحيف ولو ادعاه في قسمة تراض في غير ربوي بأن نصبا لهما قاسما أو اقتسما بأنفسهما ورضيا بعد القسمة وقلنا هي بيع بأن كان تعديلا أو ردا فالأصح أنه لا أثر للغلط فلا فائدة لهذه الدعوى وإن تحقق الغبن لرضا صاحب الحق بتركه فصار كما لو اشترى شيئا وغبن فيه والثاني أنها تنقض لأنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل أما ربوي تحقق الغلط في وزنه أو كيله فالقسمة باطلة بلا شبهة للربا قلت وإن قلنا إفراز بأن كانت بالأجزاء نقضت إن ثبت بحجة لأن الإفراز لا يتحقق مع التفاوت وإلا أي وإن لم يثبت فيحلف شريكه والله أعلم نظير ما مر في قسمة الإجبار ولو استحق بعض المقسوم شائعا كالثلث بطلت فيه وفي الباقي خلاف تفريق الصفقة والأظهر فيه أنه يصح ويتخير كل منهم أو استحق من النصيبين شيء معين فإن كان بينهما سواء بقيت القسمة في الباقي لعدم التراجع بين الشريكين وإلا أي وإن لم يكن سواء بأن اختص بأحد النصيبين أو عمهما لكنه في أحدهما أكثر بطلت لأن ما يبقى لكل ليس قدر حقه بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإشاعة ولو بان فساد القسمة وقد أنفق أو زرع أو بنى مثلا أحدهما أو كلاهما جرى هنا ما مر فيما إذا بان فساد البيع وقد فعل ذلك لكن الأقرب عدم لزوم كل شريك هنا زائد على ما يخص حصته من أرش نحو القطع واعلم أنه قد علم مما قررناه سابقا أن القرعة شرط لصحة القسمة وليس مرادا كما يفهمه قوله السابق فيجبر الممتنع فتعدل السهام إلخ فلم يجعل التعديل إلا عند الإجبار ومفهومه أن الشريكين لو تراضيا بقسمة المشترك جاز ولو بلا قرعة كما في الشامل والبيان وغيرهما فلو قسم بعضهم في غيبة الباقين وأخذ قسطه فلما علموا قرروه صحت لكن من حين التقرير قاله ابن كبن فلو طلب من الحاكم شركاء قسمة ما بأيديهم لم يجبهم حتى يثبتوا

". (١)

(١) نهاية المحتاج، ٨/٢٩١

" يشترط تعيين الشهود إلا إن زوج الولي **بالإجبار** غير صحيح نعم يمكن حمل الثاني على حالة عدم التنازع أما نكاح الكفار فيكفي فيه الإطلاق ما لم يذكر استمراره بعد الإسلام فيذكر شروط تقريره ولو ادعت زوجية رجل فأنكر فحلفت اليمين المردودة ثبتت زوجيتها ووجبت مؤنتها وحل له إصابتها لأن إنكار النكاح ليس بطلاق قاله الماوردي ومحل حل إصابتها باعتبار الظاهر لا الباطن إن صدق في الإنكار فإن كانت الزوجة أمة أي بها رق فالأصح وجوب ذكر ما مر مع ذكر إسلامها إن كان مسلما و العجز عن طول أي مهر لحرة وخوف عنت وأنه ليس تحته من تصلح للاستمتاع والثاني لا يجب كما لا يجب التعرض لعدم الموانع ولو أجابت دعواه للنكاح بأنها زوجته من منذ سنة فأقام آخر بينة أنها زوجته من شهر حكم بها للأول لأنه ثبت بإقرارها نكاحه فما لم يثبت الطلاق لا حكم للنكاح الثاني أو ادعى عقدا ماليا كبيع ولو سلما وهبة ولو لأمة كفى الإطلاق في الأصح لأنه دون النكاح في الاحتياط نعم يعتبر لإثبات صحة كل عقد نكاح أو غيره مع ما مر وصفه بالصحة والثاني يشترط كالنكاح فيقول تعاقدناه بثمن معلوم ونحن جائزا التصرف وتفرقنا عن تراض واعلم أنه بحث الأذرعي أن الدعوى بنحو ريع الوقف على الناظر دون المستحق وإن حضر ففي وقف

". (١)

" به في حال عدم صحة إيلاده ولو عجل المكاتب النجوم قبل محلها بكسر الحاء أي وقت حلولها أو بعضها قبل محله لم يجبر السيد على القبول إن كان له في الامتناع من قبضها غرض صحيح كنظيره المار في السلم كمؤنة حفظه أي مال النجوم إلى محله أو علفه كما في المحرر وما قبله يغني عنه لأنه مثال أو خوف عليه كأن كان زمن خوف أو إغارة لما في إجباره من الضرر حينئذ ولو كاتبه في وقت نهب ونحوه وعجل فيه لم يجبر أيضا لأنه قد يزول عند المحل وكذا لو كان يؤكل عند المحل طريا قال البلقيني أو لئلا يتعلق به زكاة وإلا بأن لم يكن له غرض في الامتناع فيجبر على القبول لأن للمكاتب غرضا صحيحا فيه وهو العتق أو تقريبه من غير ضرر على سيده والأوجه كما قاله البلقيني أن يقال هنا بنظيره المار من **الإجبار** على القبض أو الأبراء وإنما حذف هنا للعلم به وحينئذ فيفرق بينه وبين ما مر في السلم حيث اعتبر ثم حلول الدين بأن الكتابة موضوعة على تعجيل العتق ما أمكن فضيق فيها بطلب الإبراء فإن أبى قبضه لعجز القاضي عن إجباره أو لكونه لم يجد فيه قبضه القاضي عنه وعتق المكاتب إن حصل بالمؤدى شرط

---

(١) نهاية المحتاج، ٨/٣٤٣

العتق لأنه نائب الممتنع كما لو غاب وإنما لم يقبض دين الغائب في غير هذا لأن الغرض هنا العتق وهو حاصل بذلك وثم سقوط الدين عنه وبقاؤه في ذمة المديون أصلح للغائب من قبض القاضي له لأنه يصير أمانة بيده ولو أحضره له في غير بلد العقد ولنقله مؤنة أو كان ثم خوف لم يجبر وإلا أجبر كما قاله الماوردي ولو عجل بعضها أي النجوم قبل المحل ليبرئه من الباقي أي بشرط ذلك من أحدهما ووافقه الآخر فأبرأه مع الأخذ لم يصح الدفع ولا الإبراء للشرط الفاسد ولأنه يشبه ربا الجاهلية كان أحدهم إذا حل الديون يقول لغريمه اقضه أو زد فإن لم يقضه زاد في الدين والأجل ويلزم السيد رد ما أخذه ولا عتق نعم لو أبرأه عالما بفساد الدفع صح وعتق كما بحثه الزركشي كالأذرعي أخذا من كلام المصنف ويجري ذلك في كل دين عجل بهذا الشرط ولو أوصى لآخر بنجوم الكتابة فعجز المكاتب فعجزه الموصى له لم ينفذ كان ردا للوصية كما يؤخذ ذلك من قول الماوردي ما يؤديه بعد ذلك يكون للورثة ولا يصح بيع النجوم لأنه بيع ما لم يقبض وما لم يقدر على تسليمه إذ العبد يستقل بإسقاطه ولا الاعتياض عنها من المكاتب لعدم استقرارها وهذا هو المعتمد وإن اعتمد الإسنوي وغيره ما جريا عليه في الشفعة من صحته للزومها من جهة السيد مع تشوف الشارع للعتق فلو باع ها السيد لآخر وأدا ها المكاتب إلى المشتري لم يعتق في الأظهر وإن تضمن البيع الإذن في قبضها لأن المشتري يقبض لنفسه بحكم الشراء الفاسد فلم يصح قبضه فلا عتق والثاني يعتق لأن السيد سلطه على القبض فأشبه الوكيل فإن أدى إلى السيد عتق لا محالة ويطالب السيد المكاتب بها و يطالب المكاتب المشتري بما أخذه منه لما مر من فساد قبضه وفارق المشتري الوكيل بأنه يقبض لنفسه كما تقرر ومن ثم لو علما فساد البيع وأذن له السيد في قبضها كان كالوكيل فيعتق بقبضه ولا يصح بيع رقبته في الجديد حيث كانت الكتابة صحيحة ولم يرض بذلك كما لا تباع أم الولد وفارق المعلق عتقه

". (١)

"(قوله تصدق الصغيرة الخ) ظاهره أنها تصدق بيمينها في حال صغرها وليس كذلك بل بعد بلوغها ولو قال تصدق المزوجة صغيرة الخ لأفاد ذلك إذ يكون المراد عليه تصدق بعد بلوغها وعبارة التحفة في باب الخلع ولو أبرأت ثم ادعت الجهل بقدره فإن زوجت صغيرة صدقت بيمينها أو بالغة ودل الحال على جهلها به ككونها مجبرة لم تستأذن فكذلك وإلا صدق بيمينه وإطلاق الزبيلي تصديقه في البالغة محمول على ذلك اه

---

(١) نهاية المحتاج، ٨/٤١٥

ومثلها عبارة مؤلفنا هناك وقوله المزوجة إجبارا أي **بالإجبار** لها من أبيها أو جدها وقوله بيمينها متعلق بتصدق وكذلك قوله في جهلها بمهرها (قوله وكذا الكبيرة الخ) أي وكذا تصدق الكبيرة المزوجة إجبارا (وقوله إن دل الحال على جهلها) أي إن دلت القرينة على جهلها به ككونها لم تستأذن (قوله وطريق الإبراء من المجهول) أي الحيلة في صحة الإبراء من المجهول (قوله أن يبرئه) أي يبرىء الدائن مدينة (وقوله مما يعلم الخ) أي من قدر يعلم المبرىء أنه لا ينقص عن الدين الذي له كأن يبرئه من ألف وهو يعلم أن دينه لا يزيد عليها بل شك هل يبلغها أو ينقص عنها (قوله ولو أبرأ الخ) يعني لو أبرأ شخص شخصا من دين معين كمائة ريال حال كون المبريء بكسر الراء معتقدا أنه لا يستحقها فتبين بعد ذلك أنه يستحقها وقت الإبراء بأن مات مورثه وله مائة ريال عند المبرأ بفتح الراء فيبرأ منها لأن العبرة بالواقع

(فائدة) يكفي في الغيبة التوبة والإستغفار للمغتاب بأن يقول اللهم اغفر له إن لم تبلغه وإلا فلا بد من تعيينها بل وتعيين حاضرها إن اختلف به الغرض ثم ان أبرأه منها مطلقا أو في الدنيا والآخرة أو في الدنيا فقط سقطت وإلا فلا ومحله ما لم تكن كبيرة فإن كانت كبيرة بأن كانت في أهل العلم والقرآن فلا بد من التوبة المعتبرة في الكبائر (قوله ويكره لمعط الخ) وذلك لخبر البخاري اتقوا الله وأعدلوا بين أولادكم وخبر أحمد أنه صلى الله عليه وسلم قال لمن أراد أن يشهد على عطية لبعض أولاده لا تشهدني على جور لبنيك عليك من الحق أن تعدل بينهم وقوله في عطية فروع أفهم أنه لا يكره التفضيل في غيرها كالتودد بالكلام وغيره لكن وقع في بعض نسخ الدميري لا خلاف أن التسوية بينهم مطلوبة حتى في التقبيل وله وجه وافهم قوله فروع أن هذا الحكم لا يحري في الأخوة وغيرهم وهو كذلك (قوله وإن سفلوا) أي الفروع أي نزلوا (قوله ولو الأحفاد) أي ولو كانوا أحفادا فإنه يكره التفضيل بينهم وهم أولادا لأولاد وفي القاموس أحفاد الرجل بناته أو أولاد أولاده

اه وقوله مع وجود الأولاد ليس بقيد كما هو ظاهر (قوله على الأوجه) راجع للغاية ومقابله يخصص كراهة ذلك بالأولاد وعبارة التحفة ولو الأحفاد مع وجود الأولاد على الأوجه وفاقا لغير واحد وخلافا لمن خصص الأولاد

اه (قوله سواء الخ) تعميم في العطية وقوله أم وقفا أي أم تبرعا آخر كالإباحة (قوله أو أصول) بالجر عطف على فروع أي ويكره أيضا التفضيل في عطية أصول (قوله وإن بعدوا) أي الأصول (قوله سواء الذكر وغيره) أي سواء في كراهة التفضيل الذكر منهم والأنثى (قوله إلا لتفاوت الخ) راجع لقوله يكره بالنسبة للصنفين الفروع والأصول أي يكره ما ذكر إلا لتفاوت في الحاجة أو الفضل فلا يكره والحاصل

محل الكراهة عند الإستواء في الحاجة وعدمها وفي الدين وقلته وفي البر وعدمه وإلا فلا كراهة وعلى ذلك يحمل تفضيل الصحابة بعض أولادهم كالصديق رضي الله عنه فإنه فضل السيدة عائشة على غيرها من أولاده كسيدنا عمر فإنه فضل ابنه عاصما بشيء وكسيدنا عبد الله بن عمر فإنه فضل بعض أولاده على بعضهم رضي الله عنهم أجمعين (قوله على الأوجه) متعلق ببكره أيضا أي يكره ذلك على الأوجه ومقابلة ما ذكر بعد قوله قال جمع يحرم أي التفضيل وعبارة التحفة فإن لم يعدل لغير عذر كره عند أكثر العلماء وقال جمع يحرم

اه (قوله ونقل) بصيغة المبني للمعلوم وفاعله يعود على النووي ومفعوله الجملة بعده فهي المنقولة وساقه في التحفة مستدركا به على كراهة تفضيل الأصول ونصها فإن فضل كره خلافا لبعضهم نعم في الروضة فإن فضل فالأولى أن يفضل الأم الخ

ثم قال وقضيته عدم الكراهة إذ لا يقال في بعض جزئيات المكروه أنه أولى من بعض اه

وسياق

". (١)

"(قوله وخرج بقولي قبل عقد) أي دعواها الثيوبة قبل العقد (قوله دعواها الثيوبة) فاعل خرج

وقوله بعد أن يزوجها الأولى زوجها بصيغة الماضي أي ادعت بعد التزوج أنها كانت قبله ثيبا (قوله بظنه بكرا) أي زوجها الأب وهو يظن أنها بكر

وخرج به ما إذا زوجها بغير إذنها معتقدا أنها ثيب فالنكاح من أصله غير صحيح فلا يحتاج إلى دعوى ولا جواب (قوله فلا تصدق هي) أي الزوجة في دعواها الحاصلة بعد النكاح للثيوبة (قوله لما في تصديقها من إبطال النكاح) أي والأصل عدم إبطاله وهو علة لعدم تصديقها (قوله مع أن الأصل بقاء البكارة) أي التي ادعاها الأب أو الزوج (قوله بل ولو شهدت أربع نسوة) أي بعد العقد والإضراب انتقالي

(وقوله عند العقد) متعلق بثبوبتها أي شهدن بعد العقد أنها كانت ثيبا عنده فلا تقبل شهادتهن

(وقوله لم يبطل) أي النكاح وهو جواب لو (قوله لاحتمال إزالتها) أي البكارة وهو تعليل لعدم بطلان النكاح بشهادتهن أي وإنما لم يبطل بها لاحتمال زوال البكارة من غير وطء وهو لا يمنع **الاجبار** فيكون النكاح بغير إذنها صحيحا

---

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ١٥٣/٣

وقوله نحو إصبع أي كسقطة أو حدة حيض كما تقدم (قوله أو خلقت بدونها) أي ولاحتمال أنها خلقت من غير بكارة والأولى أن يقول أو خلقها بصيغة المصدر عطفا على إزالتها (قوله يجوز للأب تزويج صغيرة الخ) وعليه فالتقييد بالبلوغ في قوله وتصدق المرأة البالغة ليس بشرط بالنسبة لدعوى البكارة

وفي الخطيب ولو وطئت البكر في قبلها ولم تزل بكارتها كأن كانت غوراء فهي كسائر الأبكار اه

وفي البجيرمي عليه حادثة وقع السؤال عنها وهي أن بكرا وجدت حاملا وكشف عليها القوابل فرأينها بكرا

هل يجوز لوليها أن يزوجها **بالإجبار** مع كونها حاملا أم لا فأجاب بأنه يجوز لوليها تزويجها **بالإجبار** وهي حامل لاحتمال أن شخصا حك ذكره على فرجها فأمنى ودخل منيه في فرجها فحملت منه من غير زوال البكارة فهو غير محترم فيصح نكاحها في هذه الصورة مع وجود الحمل

واحتمال كونها زنت وأن البكارة عادت والتحمت فيه إساءة ظن بها

فعملنا بالظاهر (قوله ثم بعد الأصل) أي الأب وأبيه وإن علا

وقوله عصبتها أي تكون الولاية لعصبتها

وهذا شروع في السبب الثاني من أسباب الولاية (قوله وهو) أي العصبة وذكره باعتبار الخبر وهذا بيان لضابط العصبة هنا (قوله حاشية النسب) أي طرفه وفيه استعارة بالكناية حيث شبه النسب بثوب له طرف وحذف المشبه به ورمز له بشيء من لوازمه وهو حاشية

وخرج به عصبتها من صلبها كابنها فلا يزوج ابن أمه وإن علت لأنه لا مشاركة بينه وبينها في السب

إذ ليس هناك رجل ينسبان إليه بل هو لأبيه وهي لأبيها فلا يعتني بدفع العار عنه

نعم إن كان ابنها ابن عم لها أو نحو أخ بوطء شبهة أو معتقا لها أو قاضيا زوج بذلك السبب لا بالبنوة (قوله فيقدم الخ) أي أنه يقدم الأقرب فالأقرب من العصبات كالإرث فيقدم أخ لأبوين لإدلائه بالأب والأم فهو أقوى من غيره (قوله فأخ لأب) أي ثم بعده يقدم أخ لأب على غيره من سائر المنازل لإدلائه بالأب (قوله فبنوهما كذلك) أي لأبوين أو لأب (قوله فيقدم بنو الخ) مفرع على قوله فبنوهما كذلك (قوله فبعد ابن الأخ) المناسب لما قبله أن يقول فبعد بني الأخوة لأبوين ولأب

وقوله عم لأبوين أي أخو أبيها من الأب والأم

وقوله ثم لأب أي ثم عمها لأب أي أخو أبيها من أبيه (قوله ثم بنوهما كذلك) أي لأبوين أو لأب فيقدم ابن العم لأبوين على ابن العم لأب

ومحله إن لم يكن ابن العم لأب أخا لأم وإلا قدم على ابن العم لأبوين لأنه أقوى لإدلائه بالجد وبالأم والثاني يدلي بالجد والجدة (قوله ثم عم الأب) أي ثم بعد بني الأعمام يقدم عم أبيها

وقوله ثم بنوه أي بنو عم الأب

وقوله كذلك راجع لعم الأب وبنيه أي فيقدم عم أبيها الشقيق ثم لأب ثم بنو عم أبيها الشقيق ثم لأب (قوله وهكذا) أي ثم عم الجد لأبوين ثم لأب ثم بنوه ثم عم أبي الجد ثم بنوه كذلك ثم عم جد الجد ثم بنوه كذلك (قوله ثم بعد فقد عصبة النسب من كان عصبة بولاء) أي تكون الولاية لمن كان عصبة بولاء

." (١)

"بعضهم بما إذا قبل الإذن وإلا كان رده أو عضله إبطالا له فلا يزوجها إلا بإذن جديد

قيل وفيه نظر أي لما ذكرته

اه

(وقوله لما ذكرته) أي من أن ولايته بالنص الخ (قوله وكذا بأذنت) أي وكذا يصح الإذن بأذنت له أن يعقد لي

(وقوله وإن لم تذكر نكاحا) أي بعد قولها يعقد لي

وقوله على ما بحث ويؤيده ما تقدم من أنه يكفي قولها رضيت بمن يرضاه أبي أو أمي أو بما يفعله أبي كما نص عليه في التحفة (قوله ولو قيل لها) أي قال ولي البالغة الثيب لها

وقوله أرضيت بالتزويج أي أن أزوجك ولو لم يعين لها الزوج وقوله فقالت أي المولية رضيت أي به وقوله كفى أي قولها المذكور في الإذن (قوله وصمت بكر) بالجر عطف على بإذن أي ويزوجون بالغة بصمت بكر أي سكوتها وقد علمت ما فيه

والمعنى أن السكوت يكفي في حقها إذا استؤذنت وإن لم تعلم أن سكوتها إذن

وكسكوتها قولها لم لا يجوز أن آذن جوابا لقوله لها أيجوز أن أزوجك أو تأذنين لأنه يشعر برضاها

---

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ٣١١/٣

(وقوله ولو عتيقة) أي فإنه يكفي صمتها والغاية للرد على الزركشي حيث قال في ديباجه لا يكفي سكوت العتيقة (قوله استؤذنت) قيد في الاكتفاء بالصمت

وخرج به صمتها مع عدم استئذانها بأن زوجت بحضورها فلا يكفي (قوله في كفء وغيره) أي في تزويجها على كفء وغير كفء ولا يشترط معرفتها عينه (قوله وإن بكت) غاية أيضا في الاكتفاء بصمتها أي ويكفي وإن بكت عند الاستئذان

وقوله لكن من غير صياح أو ضرب خد أما إذا بكت مع صياح أو ضرب خد فلا يكفي صمتها لأنه يشعر بعدم رضاها (قوله لخبر الخ) دليل الاكتفاء بصمتها إذا استؤذنت

(وقوله والبكر تستأمر) أي تستأذن

(وقوله وإذنها سكوتها) إذنها خبر مقدم وسكوتها مبتدأ مؤخر والتقدير وسكوتها كإذنها ثم حذفت الكاف مبالغة في التشبيه وقدم المشبه به

هكذا يتعين

ولا يصح أن يجعل إذنها مبتدأ وسكوتها خبرا لأن السكون ليس إذنا حتى يجعل خبرا عنه وإنما هو كالإذن

اه

بجيرمي بتصرف (قوله وخرج بثيب بوطء الخ) الأولى تقديمه على قوله وصمت بكر

وقوله مزالة البكارة بنحو إصبع أي كسقطة وحدة حيض كما تقدم (قوله فحكمها) أي مزالة البكارة بنحو ما ذكر (قوله ويندب للأب والجد استئذان البكر البالغة) أي ولو سكرانة

قال في التحفة وعليه أي ندب الاستئذان حملوا خبر مسلم والبكر يستأمرها أبوها جمعا بينه وبين خبر الدارقطني السابق أي بناء على ثبوت قوله فيه يزوجها أبوها الصريح في **الإجبار**

اه

(قوله أما الصغيرة الخ) محترز البالغة

(وقوله فلا إذن لها) أي فلا إذن معتبر منها حتى أنه يندب استئذانها (قوله وبحث ندبه) أي الاستئذان في المميز

قال في التحفة لإطلاق الخبر السابق ولأن بعض الأئمة أوجبه ويسن أن لا يزوجها حينئذ إلا لحاجة أو مصلحة وأن يرسل لموليته ثقة لا تحتشمها والأم أولى ليعلم ما في نفسها

اه

(قوله ولغيرهما الاشهاد على الإذن) أي ويندب لغير الأب والجد الإشهاد على الإذن أي إذن من يشترط إذنها وهي غير المجبرة

وكان الأولى والأخصر له أن يذكر هذا عند قوله فيما تقدم لا يشترط الإشهاد على إذن معتبرة الإذن بأن يقول بعده بل يندب كما نبهت عليه هناك (قوله فرع) الأولى فروع إذ المذكور ثلاثة وهي قوله لو أعتق جماعة الخ وقوله ولو أراد الخ وقوله ولو اجتمع الخ (قوله لو أعتق جماعة أمة) المراد بها ما فوق الواحد فيصدق بالاثنين فما فوق (قوله اشترط رضا كلهم) أي لأن الولاء لهم كلهم (قوله فيوكلون الخ) أي أو يباشرون معا

وعبارة الروض وشرحه (فرع) وإن أعتقها اثنان اشترط رضاهما فيوكلان أو يوكل أحدهما الآخر أو يباشران معا لأن كلا منهما إنما يثبت له الولاء على نصفها فكما يعتبر اجتماعهما على التزويج قبل العتق يعتبر بعده

اه

(قوله ولو أراد أحدهم) أي الجماعة (قوله زوجه الباقون مع القاضي) أما الباقون فعن أنفسهم وأما القاضي فعن المتزوج إذ ليس له أن يزوج نفسه على موليته بنفسه (قوله فإن مات جميعهم الخ) وإن مات أحدهم كفى موافقة أحد عصبته للآخرين

ولو مات ولا عصبة له استقل الباقون بتزويجها

وقوله كفى رضا كل واحد من عصبة كل واحد الأولى حذف كل

." (١)

"الإذن فله أن ينكحه حرة أو أمة ببلده وغيرها

نعم للسيد منعه من الخروج إلى غير بلده

(قوله أم قيد بامرأة معينة) أي أم قيد السيد الإذن للعبد بنكاح امرأة معينة

---

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ٣/٣١٣

وقوله أو قبيلة أي أو قيد الإذن له بنكاح امرأة من هذه القبيلة دون غيرها ومثلها البلدة (قوله فينكح بحسب إذنه) أي السيد والفاء واقعة في جواب شرط مقدر مرتبط بالشق الثاني أعني أم قيد أي وإذا قيد السيد الإذن بما ذكر فينكح بحسب إذنه له (قوله ولا يعدل) أي العبد في نكاحه

وقوله عما أذن أي عن الأمر الذي أذن السيد

وقوله له أي للعبد

وقوله فيه أي في ذلك الأمر فالضمير يعود على ما

وقوله مراعاة لحقه أي السيد وهو تعليل لكونه ينكح بحسب الإذن ولا يعدل إلى غيره (قوله فإن عدل عنه) أي عما أذن له فيه (قوله لم يصح النكاح) أي وإن كانت المعدول إليها دونها مهرا وخيرا منها جمالا ونسبا ودينا وأقل مؤنة

قال في التحفة نعم لو قدر له مهرا فزاد عليه أو زاد على مهر المثل عند الإطلاق صحت الزيادة ولزمت ذمته فيتبع بها إذا عتق لأن له ذمة صحيحة

اه

(قوله ولو نكح العبد بلا إذن سيده بطل النكاح) أي لحجره وللخبر المار

قال في النهاية ومثله في التحفة وقول الأذرعي يستثنى من ذلك ما لو منعه سيده فرفعه إلى حاكم يرى إجباره فأمره فامتنع فأذن له الحاكم أو زوجه فإنه يصح جزما كما لو عضل الولي محل نظر لأنه إن أراد صحته على مذهب ذلك الحاكم لم يصح الاستثناء أو على قولنا فلا وجه له

اه

وفي المغني قال في الأم ولا أعلم من أحد لقيته ولا حكى لي عنه من أهل العلم اختلافا في أنه لا يجوز نكاح العبد إلا بإذن مالكه

اه

ولا ينافي قوله لا أعلم ما حكاه الرافعي عن أبي حنيفة أن نكاحه موقوف على إجازة السيد وعن مالك أنه يصح وللسيد فسخه لأنه لم يبلغه ذلك

اه

(قوله ويفرق بينهما) أي العبد وزوجته

والذي يفرق هو الحاكم كما يستفاد من عبارة ش ق (قوله خلافا لمالك) أي في قوله بصحة نكاح العبد بلا إذن سيده لكن للسيد فسخه كما تقدم آنفا عن المغني (قوله فإن وطىء) أي العبد زوجته بهذا النكاح الباطل

وقوله فلا شيء عليه لرشيدة مختارة الذي في التحفة والنهاية أن عليه لها مهر المثل ويتعلق بذمته فقط ولفظهما وإذا بطل لعدم الإذن تعلق مهر المثل بذمته فقط ويتجه أن محله في غير نحو الصغيرة وإلا تعلق برقبته

اه

وما ذكره المؤلف رحمه الله تعالى إنما هو في السفيه لا في العبد كما هو صريح عبارة المنهاج ونصها مع التحفة ولو نكح السفيه بلا إذن فباطل فإن وطيء منكوحته الرشيدة المختارة لم يلزمه شيء أي حد قطعا للشبهة ومن ثم لحقه الولد ولا مهر ظاهرا ولو بعد فك الحجر وإن لم تعلم سفهه لأنها مقصرة بترك البحث مع كونها سلطته على بعضها بخلافه باطنا بعد فك الحجر عنه كما نص عليه في الأم واعتمدوه بخلاف صغيرة مجنونة ومكرهة ومزوجة بالإجبار ونائمة فيجب مهر المثل إذ لا يصح تسليطهن

اه

إذا علمت ذلك تعلم ما في كلامه من التخليط

ثم رأيت في المغني نص على أن بعض الشارحين توهم أن العبد كالسفيه ولعل شارحنا تبع هذا البعض في ذلك ونص عبارته (تنبيه) قول المصنف باطل يقتضي أنه إذا وطىء لا يلزمه شيء كالسفيه وليس مرادا كما توهمه بعض الشارحين بل يلزمه مهر المثل في ذمته كما صرح به المصنف في نكاح العبد

اه

(قوله أما السفيهة والصغيرة) أي ونحوهما من كل من ليست برشيدة مختارة مما تقدم

وقوله فيلزم فيهما مهر المثل أي ويتعلق برقبته كما علمت (قوله ولا يجوز للعبد) أي لا يصح ولو أذن له السيد فيه لأن العبد لا يملك ولو بتمليك سيده والتسري يفيد دخول المتسري بها في ملك المتسري

وقوله ولو مأذونا في التجارة أي ولو كان العبد مأذونا له في التجارة فلا يجوز له ذلك لأن التجارة لا تتناول ذلك

وقوله أو مكاتبا أي ولو مكاتبا (قوله أن يتسرى) المصدر المؤول فاعل يجوز

والتسري مطلق الوطء وشرعا يعتبر فيه ثلاثة أمور الوطء والإنزال ومنع الخروج

والمراد به الأول لأن الرقيق يمنع من الوطء مطلقا سواء وجد إنزاله ومنع الخروج أم لا ولو عبر بيطأ كما عبر به شيخ الإسلام لكان أولى لئلا يوهم أن المراد به المعنى الشرعي مع أنه ليس كذلك

فتنبه (قوله لأن المأذون له)

." (١)

"أي في التجارة وغيره بالأولى وهو علة لعدم جواز التسري بالنسبة لغير المكاتب

وقوله لا يملك أي ولو بتمليك سيده كما علمت لأنه ليس أهلا للملك وأما الإضافة التي ظاهرها الملك في خبر الصحيحين من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع فهي للاختصاص لا للملك (قوله ولضعف الملك) علة لعدم جواز التسري بالنسبة للمكاتب (قوله ولو طلب العبد النكاح) أي من السيد (قوله لا يجب على السيد إجابته) أي لأنه يشوش عليه مقاصد الملك وفوائده وينقص القيمة

وقوله ولو مكاتبا أي ولو كان العبد مكاتبا فلا تجب إجابته ومثله للبعض (قوله ولا يصدق مدعي عتق) كان المناسب أن يقول كعادته فرع أو فرعان (قوله من عبد أو أمة) بيان مدعي العتق (قوله إلا بالبينة) أي فإنه يصدق بها (قوله الآتي بيانها في باب الشهادة) عبارته هناك والشهادة لما يظهر للرجال غالبا كالنكاح وطلاق وعتق رجلان لا رجل وامرأتان

انتهت (قوله وصدق مدعي حرية الخ) يعني لو ادعى عليه بالرق وقال أنا حر أصالة صدق بيمينه وإن استخدمه قبل إنكاره وجرى عليه البيع مرارا أو تداولته الأيدي لموافقته الأصل وهو الحرية

وقوله أصالة أي لا بالعتق

وقوله ما لم يصدق الخ قيد لتصديقه بيمينه أي يصدق بها ما لم يسبق منه وهو رشيد إقرار بالملك وإلا صدق مدعي الرق

وقوله أو لم يثبب أي وما لم يثبت الرق ببينة تشهد برقة وإلا عمل بها

ولو أقام هو أيضا بينة على حريته قدمت الأولى لأن معها زيادة علم بنقلها عن الأصل وإذا ثبتت الحرية الأصلية رجع مشتريه على بائعة بثمنه وإن أقر المشتري له بالملك لأنه بناء على ظاهر اليد

وسيذكر المؤلف هذه المسألة في باب الدعاوي والبينات بأبسط مما هنا

---

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ٣٢٩/٣

والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل في الكفاءة أي في بيان خصال الكفاءة المعتبرة في النكاح لدفع العار والضرر

وهي لغة التساوي والتعادل

واصطلاحا أمر يوجب عدمه عارا

وضابطها مساواة الزوج للزوجة في كمال أو خسة ما عدا السلامة من عيوب النكاح (قوله وهي) أي الكفاءة

وقوله معتبرة في النكاح لا لصحته أي غالبا فلا ينافي أنها قد تعتبر للصحة كما في التزويج **بالإجبار** وعبارة التحفة وهي معتبرة في النكاح لا لصحته مطلقا بل حيث لا رضا من المرأة وحدها في جب ولا عنة ومع وليها الأقرب فقط فيما عداهما

اه

ومثله في النهاية وقوله بل حيث لا رضا مقابل قوله لا لصحته مطلقا فكأنه قيل لا تعتبر للصحة على الإطلاق وإنما تعتبر حيث لا رضا

اه

ع ش

(والحاصل) الكفاءة تعتبر شرط للصحة عند عدم الرضا وإلا فليست شرطا لها (قوله بل لأنها حق للمرأة) أستفيد منه أن المراعى فيها جانب الزوجة لا الزوج

وقوله والولي أي واحدا كان أو جماعة مستوين في الدرجة فلا بد مع رضاها بغير الكفء من رضا سائر الأولياء به

ولا يكفي رضا أحدهم دون الباقين كما سيأتي في كلامه (قوله فلهما) أي المرأة والولي (قوله إسقاطها) أي الكفاءة أي ولو كانت شرطا لصحة العقد مطلقا لماصح حينئذ

والمراد بالسقوط رضاهما بغير الكفء وذلك لأنه صلى الله عليه وسلم زوج بناته من غير كفء ولا مكافيء لهن وأمر فاطمة بنت قيس نكاح أسامة فنكحته وهو مولى وهي قرشية ولو كانت شرطا للصحة مطلقا لما صح ذلك (قوله ولا يكافيء حرة الخ) شروع في بيان خصال الكفاءة

والذي يؤخذ من كلامه متنا وشرحا أنها ست وهي الحرية والعفة والنسب والدين والسلامة من الحرف الدنيئة والسلامة من العيوب وبعضهم عدها خمسا وأدرج العفة في الدين ونظمها بقوله شرط الكفاءة خمسة

قد حررت ينبيك عنها بيت شعر مفرد نسب ودين حرفة حرية فقد العيوب وفي اليسار تردد والراجح أنه لا يشترط كما سيأتي في كلامه لأن المال غاد ورائح ولا يفتخر به أصحاب المروءات والبصائر

وللعلامة مرعي الحنبلي قالوا الكفاءة ستة فأجبتهم قد كان هذا في الزمان الأقدم

." (١)

"والفصاد أدنى في الذي لا يستعملها كالخراز وشبهه

وإذا شك في الشرف والدناءة أو في الشريف والأشرف أو الدنيء والأدنى فالمرجع إلى عادة البلد

اه (قوله فلا يكافىء من) هي اسم موصول فاعل يكافىء

وقوله هو أو أبوه حجام الجملة صلة الموصول (قوله أو كناس) أي ولو للمسجد (قوله أو راع) لا يرد أن الرعاية طريقة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام لأن الكلام فيمن أخذ الرعي حرفة يكتسب بها فقط والأنبياء لم يتخذوه لذلك (قوله بنت خياط) مفعول يكافىء وكان الأولى أن يسقط لفظ بنت كما نص عليه البجيرمي وعبارته قوله بنت خياط المناسب أن يقول لخياطة لأن الآباء لا تعتبر إلا بعد اتحاد الزوجين في الحرفة

اه

ح ل

قال شيخنا العزيزي ولم يقل ليس كفء خياطة مع أنه الملائم لما قبله للتنبيه على أن الحرفة تعتبر في الأصول كما تعتبر في الزوجين

اه

(قوله ولا هو) أي ولا يكافىء هو أي الخياط

وقوله بنت تاجر يأتي فيه وفيما بعده ما تقدم (قوله وهو) أي التاجر

وقوله من يجلب البضائع أي يأتي بها من محلها إلى محل آخر ليبيعها فيه

وقوله من غير تقييد بجنس أي من البضائع كالرز (قوله أو بزاز) بالجر عطف على تاجر أي ولا يكافىء الخياط بنت بزاز (قوله وهو) أي البزاز

---

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ٣/٣٣٠

وقوله بائع البز هو بفتح الباء القماش (قوله ولا هما) أي ولا يكافىء التاجر والبزاز (قوله بنت عالم أو قاض) قال في التحفة الذي يظهر أن مرادهم بالعالم هنا من يسمى عالما في العرف وهو الفقيه والمحدث والمفسر لا غير أخذا مما مر في الوصية وحينئذ فقضيته أن طالب العلم وإن برع فيه قبل أن يسمى عالما يكافىء بنته الجاهل

وفيه وقفة ظاهرة كمكافأته لبنت عالم بالأصلين والعلوم العربية

ولا يبعد أن من نسب أبوها لعلم يفتخر به عرفا لا يكافئها من ليس كذلك

ويفرق بين ما هنا والوصية بأن المدار ثم على التسمية دون ما به افتخار وهنا بالعكس فالعرف هنا غيره ثم

فتأمله

اه (قوله عدل) صفة لكل من العالم والقاضي فلا عبرة بالفسق منهما وفي شرح الرملي وبحث الأذرعي أن العلم مع الفسق لا أثر له إذ لا فخر له حينئذ في العرف فضلا عن الشرع

وصرح بذلك في القضاء فقال إن كان القاضي أهلا فعالم وزيادة أو غير أهل كما هو الغالب في قضاة زمننا نجد الواحد منهم كقريب العهد بالإسلام ففي النظر إليه نظر ويجيء فيه ما سبق في الظلمة المستولين على الرقاب بل هو أولى منهم بعدم الإعتبار لأن النسبة إليه عار بخلاف الملوك ونحوهم

ومثله في التحفة (قوله خلافا للروضة) في التحفة ما نصه في الروضة أن الجاهل يكافىء العالمة وهو مشكل فإنه يرى اعتبار العلم في آبائها فكيف لا يعتبره فيها إلا أن يجاب بأن العرف يعير بنت العالم بالجاهل ولا يعير العالمة بالجاهل

اه

وضعف في الأنوار ما في الروضة وعبارته قال الروياني الشيخ لا يكون كفؤا للشابة والجاهل للعالمة قال صاحب الروضة

هو ضعيف وهذا التضعيف في الجاهل والعالمة ضعيف لأن علم الآباء إذا كان شرفا للأولاد فكيف بعلمهم ولأن الحرفة تراعى في الزوجة مع أنها لا توازي العلم

وقد قطع بموافقة الروياني شارح مختصر الجويني وغيره

اه (قوله والأصح أن اليسار لا يعتبر في الكفاءة) مقابله يقول إنه يعتبر لأنه إذا كان معسرا لم ينفق على الولد وتتضرر هي بنفقته عليها نفقة المعسرين

قال في النهاية وعلى الأول أي الأصح لو زوجها وليها **بالإجبار** بمعسر بحال صداقها عليه لم يصح النكاح وليس مبنيا على اعتبار اليسار كما قاله الزركشي بل لأنه بخسها حقها فهو كما لو زوجها من غير كفء

اه

(قوله لأن المال ظل زائل الخ) عبارة المغني لأن المال ظل زائل وحال حائل ومال مائل ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر

وقال في التحفة ويجاب عن الخبر الصحيح الحسب المال وأما معاوية فصعلوك بأن الأول أي الحسب المال على طبق الخبر الآخر تنكح المرأة لحسبها ومالها الحديث

أي أن الغالب في الأغراض ذلك

ووكل صلى الله عليه وسلم بيان ذم المال إلى ما عرف من الكتاب والسنة في ذمة لا سيما قوله تعالى ﴿ ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ﴾ إلى قوله ﴿ وإن كل ذلك لما متاع الحياة الدنيا ﴾ وقوله صلى الله عليه وسلم إن الله يحمي عبده المؤمن من الدنيا كما يحمي

". (١)

"القرابة يكثر انتشارها فيشق اعتبار رضا الكل

وقوله الكاملين أي البالغين العاقلين

وخرج به غيرهم فلا يعتبره رضاه (قوله لزوال المانع) علة لقوله يزوجها برضا كل أي يزوجها مع رضاهم لزوال المانع من صحة النكاح وهو الكفاءة برضاهم

وإنما زال المانع بذلك لما تقدم أن الكفاءة ليست بشرط للصحة فتسقط بالرضا (قوله أما القاضي الخ) مفهوم قوله لا قاض

وقوله فلا يصح له تزويجها لغير كفء يستثنى منه ما لو كان عدم الكفاءة بسبب جب أو عنة فيصح للقاضي تزويجها على المجبوب والعنين برضاها

---

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ٣٣٣/٣

وقوله على المعتمد لا ينافيه خبر فاطمة بنت قيس السابق أول الفصل إذ ليس فيه أنه صلى الله عليه وسلم زوجها أسامة بل أشار عليها به ولا يدري من زوجها فيجوز أن يكون زوجها ولي خاص برضاها ومقابل المعتمد أنه يصح كما في التحفة ونصها وقال كثيرون أو الأكثرون ويصح

وأطال جمع متأخرون في ترجيحه وتزييف الأول وليس كما قالوا

اه

قوله وأطال جمع متأخرون في ترجيحه رأيت في بعض هوامش فتح الجواد ما نصه إختار جماعة من الأصحاب الوجه القائل بالصحة مطلقا منهم الشيخ أبو محمد والإمام الغزالي والعبادي ومال إليه السبكي ورجحه البلقيني وغيره وعليه العمل

اه

مشكاة المصباح لبا مخرمة

اه (قوله إن كان لها ولي الخ) سيأتي محترزه (قوله لأنه) أي القاضي

(وقوله كالنائب عنه) أي عن الولي الخاص الغائب أو المفقود

(وقوله فلا يترك) أي القاضي

(وقوله الحظ له) أي للولي الخاص المذكور والحظ له هو تزويجها على كفء (قوله وبحث جمع متأخرون أنها) أي المرأة التي غاب وليها أو فقد (قوله قال شيخنا وهو) أي البحث المذكور متجه مدركا

وعبارته بعد كلام ثم رأيت جمعا متأخرين بحثوا أنها لو لم تجد كفؤا وخافت العنت لزم القاضي إجابتها قولا واحدا للضرورة كما أبيحت الأمة لخائف العنت

اه

وهو متجه مدركا

والذي يتجه نقلا ما ذكرته أنه إن كان في البلد حاكم يرى تزويجها من غير الكفء تعين فإن فقد ووجدت عدلا تحكمه ويزوجها تعين فإن فقدا تعين ما بحثه هؤلاء

اه (قوله أما من ليس لها ولي أصلا الخ) محترز قوله إن كان لها ولي الخ

ثم إن تفصيله المذكور بين أن يكون لها ولي غائب أو نحوه فلا يصح تزويج الحاكم على الأصح وبين أن لا يكون لها ولي أصلا فيصح على المختار ليس في التحفة والنهاية بل الذي فيهما مع الأصل أنه لا يزوج الحاكم بغير كفء على الأصح مطلقا لا فرق في ذلك بين أن لا يكون لها ولي أصلا وبين أن

يكون لها ولي غائب أو فقد ثم ذكرا مقابله ولم يفصلا فيه التفصيل المذكور ثم نقلا عن جمع تخصيص المقابل وهو القول بالصحة بما إذا لم يكن تزويجه لنحو غيبة الولي أو عضله وإلا لم يصح تزويجه قطعا لبقاء حقه وولايته

وفي المنهج وشرحه والروض وشرحه الجزم بعدم صحة تزويج الحاكم بغير كفء برضاها من غير تفصيل ولا ذكر خلاف

إذا علمت هذا تعلم ما في كلامه وتعلم أيضا ما في قوله بعد صحيح على المختار فإنه إن كان جاريا فيه على مقابل الأصح ورد عليه أنه يقول بالصحة مطلقا من غير تفصيل وإن كان جاريا على ما جرى عليه جمع من تخصيص القول بالصحة بما إذا لم يكن تزويجنه لنحو غيبة الولي ورد عليه أنه إذا كان لها ولي غائب لا يصح تزويجه قطعا

وهو قد أشار إلى الخلاف فيه بقوله فيما سبق على المعتمد

ويمكن أن يقال إن المؤلف رحمه الله تعالى جار على طريقة ثالثة توسط فيها ففصل التفصيل المذكور

تأمل (قوله فرع) الأولى فرعان لأنه ذكر اثنين الأولى قوله لو زوجت من غير كفء الخ

الثاني قوله فإن أذنت في تزويجها الخ (قوله لو زوجت) أي المرأة مطلقا بكرا كانت أو ثيبا

وقوله من غير كفء أي على غير كفء

وقوله **بالإجبار** أي بأن يكون الولي أبا أو جدا وهي بكر (قوله أو بالإذن) أي أو زوجت بإذنها بأن كانت ممن يعتبر إذنها كأن يكون الولي غير مجبر أو هي ثيب بالغ

وقوله المطلق عن التقييد بكفء أو بغيره أي أذنت في تزويجها من غير تعيين زوج بأن قالت له أذنت لك في تزويجي فإن قيدت الإذن بكفء تعين أو غير كفء فإن كان المزوج الولي الخاص صح تزويجها

". (١)

"إستدراك على التفصيل في الضياع أي أن التفصيل المذكور محله في غير الحيوان أما هو فمتى ما حصل اختلال فيه تصرف فيه مطلقا ولو لم يؤد اختلاله إلى تلفه

---

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ٣/٣٣٩

(وقوله لحرمة الروح) أي حفظا لحرمة الروح وهو علة البيع

(وقوله ولأنه) أي الحيوان وهو معطوف على العلة قبله

(وقوله يباع) أي يبيعه الحاكم عليه

ومحله إن تعين البيع وإلا بأن أمكن تدارك الضياع بالإجارة اكتفي بها ويقتصر على أقل زمن يحتاج إليه كما مر

(وقوله على مالكه) أي قهرا عن مالكه أو نيابة عنه فعلى بمعنى عن وهي متعلقة بمحذوف

(قوله بحضرته) متعلق بيباع أي يباع بحضرة مالكه

(وقوله إذا لم ينفق عليه) أي إذا لم ينفق المالك على الحيوان

(قوله ولو نهى الخ) معطوف على العلة قبله أيضا فهو علة لبيع الحيوان

أي ولأنه لو نهى المالك عن التصرف فيه امتنع التصرف فيه إلا في الحيوان فلا يمتنع حفظا للروح

(قوله يحبس الحاكم) أي أو نائبه

(وقوله الآبق) أي الرقيق الهارب من سيده وهو مفعول يحبس

(قوله إذا وجده) أي وجد الحاكم الآبق

(قوله انتظارا لسيده) حال على تأويله بإسم الفاعل أي يحبسه حال كونه منتظرا لسيده

أو مفعول مطلق لفعل محذوف أي وينتظر سيده انتظارا

(قوله فإن أبطأ سيده) أي تراخى في طلب عبده

(قوله باعه الحاكم) أي أو يؤجره إن أمن عليه

(قوله فإذا جاء سيده فليس له غير الثمن) أي وليس له فسخ البيع لأن ما صدر من الإمام كان نيابة شرعية عنه

تتمة في القسمة وهي تمييز بعض الأنصباء من بعض

والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى ﴿ وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه ﴾

فكان يجب إعطاء المذكورين شيئا من التركات في صدر الإسلام ثم نسخ الوجوب وبقي الندب

وأخبار كخبر الصحيحين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم الغنائم بين أربابها

والحاجة داعية إليها ليتمكن كل واحد من الشريكين أو الشركاء من التصرف في نصيبه استقلالا ويتخلص من سوء المشاركة واختلاف الأيدي

وأركانها ثلاثة قاسم ومقسوم ومقسوم له ويشترط في القاسم المنصوب من جهة الإمام أهلية الشهادات وعلمه بالقسمة وكونه عفيفا عن الطمع حتى لا يرتشي ولا يخون فإن لم يكن منصوبا من جهة الإمام بل تراضى عليه الشريكان أو الشركاء ولم يحكموه في القسمة لم يشترط فيه إلا التكليف فإن حكموه إشترط فيه ما اشترط في منصوب الإمام

واعلم أن القسمة على ثلاثة أنواع أحدها القسمة بالنظر للأجزاء المتساوية كقسمة المثليات من حبوب وغيرها فتجزأ الأنصباء كيلا في مكيل ووزنا في موزون وتسمى هذه القسمة قسمة المتشابهات لأن الأجزاء فيها متشابهة قيمة وصورة وقسمة الإفراز لكونها أفرزت لكل من الشركاء نصيبه

ثانيها القسمة بالتعديل أي التقويم بأن تعدل السهام بالقيمة كقسمة أرض تختلف قيمة أجزائها بقوة إنبات أو قرب ماء أو بسبب ما فيها

كبستان بعضه نخل وبعضه عنب وتكون الأرض بينهما نصفين ويساوي قيمة ثلث الأرض مثلا قيمة ثلثيها

وثالثا القسمة بالرد وهي التي يحتاج فيها الرد أحد الشريكين للآخر مالا أجنبيا كأن يكون في أحد جانبي الأرض المشتركة بئر أو شجر مثلا لا يمكن قسمته فيرد من يأخذه بالقسمة قسط قيمة البئر أو الشجر

فلو كانت قيمة كل من البئر أو الشجر مثلا ألفا رد الأخذ لذلك الجانب الذي فيه البئر أو الشجر خمسمائة لأنها نصف الألف

والنوع الأول من أنواع القسمة الثلاثة إقرار للحق أي يتبين به أن ما خرج لكل هو الذي ملكه لا يبيع والنوعان الآخران بيع لكن لا يفتقر للفظ نحو بيع أو تمليك وقبول بل يقوم الرضا مقامهما

ويشترط للقسمة الواقعة بالتراضي في الأنواع الثلاثة رضا بها بعد خروج القرعة إن حكموا بالقرعة كأن يقولوا رضينا بهذه القسمة أو بما أخرجته القرعة بخلاف القسمة **بالإجبار** وهو لا يكون إلا في قسمة الإفراز والتعديل دون الرد فلا يدخلها إجبار فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها

فإن لم يحكموا بالقرعة كأن اتفقوا على أن يأخذ أحدهم هذا القسم والآخر ذاك القسم وهكذا بتراضيهم كما يقع كثيرا فلا حاجة إلى رضا آخر والله سبحانه تعالى أعلم

". (١)

"العانة وقال تعجلت إنبات العانة فيحلف لسقوط القتل بناء على أن الإنبات علامة البلوغ وهو الراجح وقيل إنه بلوغ حقيقة وعليه فلا يقبل قوله واليمين من الخصم تقطع الخصومة حالا لا الحق فتسمع بينة المدعي بعد حلف الخصم ولو ادعى رق غير صبي ومجنون مجهول نسب فقال أنا حر أصالة صدق بيمينه لأن الأصل الحرية وعلى المدعي البينة ولو ادعى رق صبي أو مجنون وليسا بيده لم يصدق إلا بحجة أو بيده وجهل لقطهما حلف وحكم له برقهما لأنه الظاهر من حالهما وإنكارهما بعد كمالهما لغو فلا بد لهما من حجة ولا تسمع دعوى بدين مؤجل وإن كان به بينة إذ لا يتعلق بها إلزام في الحال فلو كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا صحت الدعوى به لاستحقاق المطالبة ببعضه

& باب في بيان العتق & الاختياري **والإجباري** والعتق بالقول قربة سواء المنجز والمعلق حتى من الكافر فيخفف به عنه عذاب غير الكفر

وأما صيغته فإن تعلق بها حث أو منع أو تحقيق خبر فليست قربة وإلا كانت قربة كإن طلعت الشمس فأنت حر مثلا

وأما العتق بالفعل وهو الاستيلاد فليس قربة لأنه متعلق بقضاء الأوطار إلا إن قصد به حصول عتق أو ولد فيكون قربة قال النبي صلى الله عليه وسلم أيما رجل أعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا حتى الفرج بالفرج رواه الشيخان فالضمير الأول للعتيق والثاني للمعتق والفرج الأول للمعتق والثاني للعتيق

وروي أنه صلى الله عليه وسلم أعتق ثلاثا وستين نسمة وعاش كذلك ونحر بدنة بيده الشريفة في حجة الوداع كذلك وأعتقت عائشة تسعا وستين نسمة وعاشت كذلك وأعتق أبو بكر كثيرا وأعتق العباس سبعين وأعتق عثمان وهو محاصر عشرين وأعتق حكيم بن حزام مائة مطوقين بالفضة وأعتق عبد الله بن عمر ألفا واعتمر كذلك وحج ستين حجة وحبس ألف فرس في سبيل الله

وأعتق ذو الكراع الحميري في يوم واحد ثمانية آلاف وأعتق عبد الرحمن بن عوف ثلاثين ألفا رضي الله عنهم وحشرنا معهم آمين

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ٢٤٦/٤

ختم المصنف رحمه الله تعالى كتابه بباب العتق تفاؤلا أن الله يعتقه وقارئه وشارحه وناسخه من النار أي من حيث وجود لفظ العتق في الآخر

(صح عتق مطلق تصرف) أي نافذه حر كامل الحرية مختار ولو كافرا حربيا كسائر التصرف المالي فلا يصح من مكاتب ومبعض ومكره بغير حق ومحجور عليه ولو بفلس

(بنحو أعتقتك أو حررتك) من قوله فككت رقبتك أو أنت عتيق أو أنت حر أو أنت فكيك الرقبة أو أعتقك الله أو الله أعتقك وصح بكناية مع نية العتق

." (١)

"(ولا يجوز أن يصرح بخطبة معتدة ويجوز أن يعرض نكاحها قبل انقضاء العدة) الخطبة بكسر الخاء هي التماس النكاح، ثم المرأة إن كانت خلية عن النكاح والعدة جازت خطبتها تصر يحا وتعريضا قطعا، وإن كانت مزوجة حرمت قطعا، وإن كانت معتدة حرم التصريح بخطبتها، وأما التعريض فإن كانت رجعية حرم التعريض، لأنها زوجة، وإن كانت في عدة الوفاء وما في معناها كالبائن والمفسوخ نكاحها فلا يحرم التعريض لقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ لأن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها فبت طلاقها، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: ﴿إذا حللت فآذنيني﴾ وفرق بين التصريح والتعريض بأنه إذا صرح تحققت الرغبة فيها، فربما كذبت في انقضاء العدة لغلبة الشهوة أو غيرها، وفي التعريض لا يتحقق ذلك، وهذا الفرق يصح فيما إذا كانت عدتها بالاقراء دون الأشهر مع أن الصحيح أنه لا فرق بين العدة بالإقراء أو بالأشهر، ثم ألفاظ التصريح ما كان نصا في إرادة التزويج، نحو: أريد أن أنكحك، وإذا حللت نكحتك، والتعريض ما يحتمل الرغبة وعدمها كقوله: رب راغب فيك، وإذا حللت فآذنيني، ومن يجد مثلك، ونحو ذلك ثم هذا كله فيما إذا خطبها غير صاحب العدة، أما صاحبها الذي يحل له نكاحها فيها فله التصريح بخطبتها والله أعلم. قال:(والنساء على ضربين: ثيبات وأبكار، فالبكر يجوز للأب والجد إجبارها عل ى النكاح، والثيب لا يجوز تزويجها إلا بعد بلوغها وإذنها) قد تقدم لك ترتيب الأولياء من النسب وغيره، ولا شك أن أقوى أسباب الولاية الأبوة ثم الجدودة لكمال شفقتهما، فلهذا كان للأب والجد تزويج البكر من كفء بغير إذنها، صغيرة كانت أو كبيرة بمهر المثل لقوله عليه الصلاة والسلام: ﴿الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها صمتها﴾ رواه مسلم، وفي رواية

---

(١) نهاية الزين، ص/٣٩٣

﴿وإذنها سكوتها﴾ **والإجبار** منوط بالكبارة لا بالصغر عندنا لأبي حنيفة، ثم هذا إذا لم يكن بين الأب والجد عداوة ظاهرة فإن كان ففي جواز إجبارها وجهان.." (١)

"قال ابن كج، وابن المرزبان: ليس له إجبارها. وعلى ذلك جرى الرافعي والنووي، قال الحناطي: ويحتمل الجواز. قلت: جزم الماوردي والروياني ببقائه على ولايته وأوردا على أنفسهما بأن الأب إذا كان عدوا، ووضعها تحت غير كفء، وأجابا بأن خوف العار يرشد إلى دفع هذا التوهم والله أعلم. ويستحب أن تستأذن البالغة للخبر، ولو أقر الأب أو الجد بالنكاح حيث له **الإجبار** قبل على الأصح لأنه يقدر على الإنشاء ومن قدر على الإنشاء قدر على الاقرار، وفي وجه لا يقبل حتى تشاهده البالغة، ولو استأذنها في دون مهر المثل ف سكتت لم يكف أو في أن يزوجها بغير كفء فسكتت كفى في أصح الوجهين، وإن زوج غير الأب والجد، فلا بد من إذن البكر بعد البلوغ، ويكفي السكوت على الأصح لعموم الخبر، ثم حيث يكفي السكوت فسواء ضحكت أو بكت إلا أن تبكي بصياح أو ضرب خد فلا يكفي ولا يكون رضا والله أعلم.وأما الثيب أي العاقلة، فلا يجوز تزويجها إلا بإذنها بعد البلوغ، وإذنها النطق صلى الله عليه وسلم: ﴿الثيب تستنطق﴾ ولا استنطاق إلا بعد البلوغ بالإجماع فإن كانت مجنونة أو صغيرة جاز للأب والجد تزويجها لا لغيرهما لأن الجنون إذا انضم إلى الصغر تأكدت الولاية، وليس لها حالة تستأذن فيها، ولهما ولاية **الإجبار** في الجملة فاقتضت المصلحة تزويجها، ويكفي ظهور المصلحة وإن لم يكن بها حاجة إلى النكاح لأن النكاح يفيدها المهر والنفقة، هذا هو الصحيح، وقيل لا تزوج الثيب الصغيرة المجنونة، ولو كانت كبيرة وقد بلغت مجنونة جاز للأب والجد تزويجهما، وكذا يجوز للحاكم عند عدم الأب والجد، وإن كان لها قريب من أخ وغيره، هذا هو الصحيح لأن ولايته عامة وله ولاية على مالها ويرجى شفاؤها وبهذا فارقت الصغيرة، وقيل يزوجها القريب كالأخ، وهل يلزمه مراجعة أقاربها أو يستحب؟ وجهان، ثم الحاكم إنما يزوجها بظهور الحاجة بأن تظهر مخايل شهوتها، أو لقول الأطباء إن شفاءها يتوقع به فيجب حينئذ، وقال ابن الصباغ: لا يزوجها الحاكم إلا إذا قال الأطباء إن شفاءها فيه فلو انتفى ذلك فزوج لأجل النفقة أو لمصلحة أخرى لم يجز في الأصح لأن تزويجها يقع إجبارا، وغير الأب والجد لايجبر، وقيل يجوز كما يزوج الأب للمصلحة، أما إذا بلغت عاقلة ثم جنت فهل." (٢)

---

(١) كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، ٥٣/٢

(٢) كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، ٥٤/٢

"إن كتبت أسماء الشركاء، فمن خرج اسمه أخذ، ثم يؤمر بإخراج رقعة أخرى على الجزء الذي يلي الأول، فمن خرج اسمه أخذه، وتعين الباقي للثالث، وكما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة تجوز بالعصى والحصا ونحوهما، وإذا طلب أحد الشركاء في هذه القسمة فامتنع أجبر الممتنع على الصحيح لأنه لا ضرر ويتخلص من سوء المشاركة، وتسمى هذه قسمة إجبار كما تسمى قسمة إفراز.النوع الثاني: قسمة التعديل والمشترك الذي تعدل سهامه تارة يكون شيئا واحدا، وتارة يكون شيئين فصاعدا، فإن كان شيئا واحدا كالأرض تختلف أجزاؤها لاختلافها في قوة النبات والقرب من الماء ونحو ذلك، فيكون ثلثها لجودته كثلثيها بالقيمة مثلا، فيجعل هذا سهما، وهذا سهما إن كانت بينهما نصفين، وإن كانت شيئين فصاعدا، فإن كانت عقارا كدارين أو حانوتين متساوي القيمة، فطلب أحدهما القسمة بأن يجعل لهذا دارا، ولهذا دارا، لم يجبر الممتنع سواء تجاور ال حانوتان أو الداران أم لا، لاختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية، فلو كانت دكاكين صغارا متلاصقة لا يحتمل آحادها القسمة ويقال لها العضائد، فطلب أحدهما القسمة أعيانا، فهل يجبر الممتنع؟ وجهان: أحدهما لا كالمفترقة، وكالدور وأصحهما نعم يجبر للحاجة، وكذا حكم الخان المشتمل على بيوت ومساكن، ولو كانت دار بين اثنين لها علو أو سفل، فطلب أحدهما قسمتها علوا أو سفلا أجبر الآخر عند الإمكان، وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد، والسفل لآخر لا يجبر كذا أطلقه الأصحاب وإن كان غير عقار كأن اشتركا في دواب، أو أشجار، أو ثياب ونحوها، فإن كانت من نوع واحد، وأمكن التسوية بين الشريكين عددا فالمذهب أن يجبر على قسمتها أعيانا لقلة اختلاف الأغراض، فيها، بخلاف الدور، وإن لم تمكن التسوية كثلاثة أعبد بين اثنين بالسوية إلا أن أحدهم يساوي الآخرين في القيمة، فإن قلنا **بالإجبار** عند استواء القيمة وهو المذهب، فهنا قولان كالأرض المختلفة الأجزاء، وإن كانت الشركة لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له القسمة بالخسيس، ويكون له في النفيس ربعه ففيه خلاف: والأرجح لا إجبار هنا لأن." (١)

"اعتبار الموكل لا الوكيل اعتبارا باتحاد الدين والملك وعدمه فلو وكل اثنان واحدا في رهن عبدهما عند زيد بما له عليهما من الدين ثم قضى أحدهما دينه انفك نصيبه

خاتمة قال في الإحياء يحرم أخذ المال من السلطان إذا كان أكثر ما في بيت المال حراما كما هو الغالب

---

(١) كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، ٢/٢٦٩

قال المصنف وهذا شاذ ليس مذهبا بل المذهب الكراهة اه

أي بل الممنوع أن يتحقق أن ما أخذه من الحرام كما مرت الإشارة إليه ومن ذلك مبايعة من في يده الحلال والحرام كالظلمة والمكاسين والمنجمين والذي يضرب بالنفير والحصى والرمل فكل ما يأخذه هؤلاء بهذا الفعل حرام

ولو نهب متاع مخصوص ووجد من ذلك شيئا يباع واحتمل أن يكون من المنهوب فالورع تركه

والورع لمن اشترى شيئا للأكل أو غيره أن يشتريه بثمن في ذمته فإنه يملكه قطعا بخلاف ما اشتراه بالعين فإنه لا يقطع بأنه ملكه

وقد يقال في الأول يحتمل أن لا يكون ملكا للبائع فلا يملكه المشتري إلا أن يتحقق ملك البائع له بنحو اصطياد

باب الخيار لما فرغ المصنف من صحة العقد وفساده شرع في لزومه وجوازه

والخيار هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه

والأصل في البيع اللزوم لأن القصد منه نقل الملك وقضية الملك التصرف وكلاهما فرع اللزوم إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رفقا بالمتعاقدين

وهو نوعان خيار تشه وخيار نقيصة فخيار التشهي ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتهما من غير توقف على فوات أمر في المبيع وسببه المجلس أو الشرط

وخيار النقيصة سببه خلف لفظي أو تغرير فعلي أو قضاء عرفي فمنه خيار العيب والتصرية والحلف وتلقي الركبان ونحو ذلك

وقد شرع في سبب الأول من النوع الأول فقال (يثبت خيار المجلس في أنواع البيع) لما روى الشيخان أنه صلى الله عليه وسلم قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر قال في المجموع وقوله أو يقول منصوب بأو تقديره إلا أن أو إلى أن ولو كان معطوفا لجزمه فقال أو يقل

وبين أنواع البيع بقوله (كالصرف) بيع (الطعام بطعام والسلم والتولية والتشريك وصلح المعاوضة) لظاهر الخبر السابق لأن اسم البيع يشمل الكل

وخرج بصلح المعاوضة صلح الحطيطة فلا خيار فيه لأنه إن ورد على دين فإبراء أو على عين فهبة ولا خيار فيهما لكنه يتناول الصلح على المنفعة ولا خيار فيه على الأصح لأنه أجازه وقد ذكر بعد ذلك أنه لا خيار فيها

ويتناول الصلح عن دم العمد ولا خيار فيه كما قاله القاضي حسين قال الأذرعي ولم أر ما يخالفه

ويثبت أيضا في عقد تولى الأب طرفيه لأنه أقيم مقام شخصين في صحة العقد فكذا في الخيار

ولفظ الخبر ورد على الغالب

ويستثنى من قوله في أنواع البيع صور لا خيار فيها منها الحوالة فإنها وإن جعلت معاوضة ليست على قواعد المعاوضات وربما يقال إن كلام المصنف في بيع الأعيان فلا تستثنى هذه الصورة لأنها بيع دين بدين

ومنها شراء العبد نفسه لأن مقصوده العتق كالكتابة كما رجحه في الشرح الصغير والمجموع وهذا هو المعتمد وإن قال الزركشي هذا بالنسبة للعبد فقط لأنه من جهة السيد بيع ومن جهة العبد يشبه الفداء كما لو أقر بحريته ثم اشتراه يثبت الخيار للبائع دونه

ومنها قسمتا الإفراز والتعديل سواء أجرنا بإجبار أم بتراض إذا قلنا إنهما في حالة التراضي بيع لأنه لو امتنع منهما الشريك أجبر عليهما **والإجبار** ينافي الخيار وهذا هو المعتمد وإن قال الأذرعي الذي جزم به القاضي أبو الطيب وغيره ثبوت الخيار

أما قسمة الرد ففيها الخيار لأنه لا إجبار فيها

ويثبت الخيار في شراء الجمد ولو في شدة الحر بحيث ينماع بها

واستشكل ابن عبد السلام ثبوت الخيار في الصرف لأن المقصد به تروي العاقد في اختيار الأفضل له والمماثلة شرط هم الربوي فالأمران مستويان فإذا قطع بانتفاء العلة كيف يثبت الخيار وما قاله لا يتأتى في بيع الربوي بغير جنسه بل فيما بيع بجنسه ولعله مراده بدليل قوله والمماثلة شرط بل الخيار ليس محصورا فيما

---

(١) ".

"ذكر لأنه قد يكون لخلف أو غيره

(ولو اشترى من يعتق عليه) من أصوله أو فروعه بني الخيار فيه على خلاف الملك (فإن قلنا الملك في زمن الخيار للبائع) على مرجوح (أو موقوف) على الأظهر (فلهما الخيار) لوجود المقتضى بلا مانع

---

(١) مغني المحتاج، ٢/٤٣

(وإن قلنا) الملك (للمشتري) على مرجوح (تخير البائع دونه) أما تخير البائع فلما مر وأما عدم تخير المشتري فلأن مقتضى ملكه له أن لا يتمكن من إزالة الملك ولا يحكم بعتقه على كل قول حتى يلزم العقد فيتبين أنه عتق من حين الشراء

ولو شرط نفي خيار المجلس لم يصح البيع لأنه ينافي مقتضاه فأشبه ما لو شرط أن لا يسلم المبيع فإذا قال لعبده مثلا إذا بعتك فأنت حر فباعه بشرط نفي خيار المجلس لم يعتق لعدم صحة البيع بخلاف ما إذا لم يشرطه فإنه يعتق لأن عتق البائع في زمن الخيار نافذ

(ولا خيار في الإبراء والنكاح والهبة بلا ثواب) وهي التي صرح بنفي الثواب عنها أو أطلق وقلنا لا يقتضيه وهو الراجح لأن اسم البيع لا يصدق على شيء من هذه الثلاثة

ولا خيار أيضا في الوقف والعتق والطلاق وكذا العقود الجائزة من الطرفين كالقراض والشركة والوكالة أو من أحدهما كالكتابة والرهن

(وكذا) الهبة (ذات الثواب) لا يثبت الخيار فيها في الأصح

وعللاه بأنها لا تسمى بيعا كذا قالاه هنا وقالا في باب الهبة الأصح أنها بيع فيثبت فيها الخيار

وعده في المهمات تناقضا وحمل بعضهم ما هنا على القول بأنها هبة وإن قيدت بثواب معلوم وما هنا على القول بأن المقيدة بثواب معلوم بيع

ويؤيده تعليلهم هنا بأنها لا تسمى بيعا والصواب كما قال الأذرعي ما هناك وهو مقابل الأصح هنا فقد جزم به القاضي أبو الطيب و المحاملي والشيخ أبو حامد وغيرهم

(و) كذا (الشفعة) لا يثبت فيها الخيار في الأصح لأن الخيار يثبت فيما ملك بالإختيار فلا معنى لإثباته فيما أخذ بالقهر والإجبار ومقابل الأصح ثبوته لأن الأخذ بها ملحق بالمعاوضات بدليل الرد بالعيب

وصحح هذا الرافعي في الشرحين واستدرك عليه في الروضة وصحح الأول ونقله عن الأكثرين

(و) كذا (الإجارة) لا يثبت فيها الخيار في الأصح لأنها عقد غرر إذ هو عقد على معدوم والخيار غرر فلا يضم غرر إلى غرر

ومقابل الأصح يثبت فيها الخيار لأنها معاوضة

قال القفال وطائفة ومحل الخلاف في إجارة العين أما إجارة الذمة فيثبت فيها الخيار قطعا كالسلم والمعتمد الإطلاق ويفرق بينها وبين السلم بأنها لا تسمى بيعا

والمعتمد في الخيار اسم البيع وبأن المنفعة فيه أقوى

وقيل يثبت أيضا في الإجارة المقدرة بمدة وصححه المصنف في تصحيح التنبيه والمشهور خلافه

(و) كذا (المساقاة) لا يثبت فيها الخيار في الأصح كالإجارة حكما وتعليلا

(و) كذا (الصداق) لا يثبت فيه الخيار

وقوله (في الأصح) راجع للمسائل الخمس كما تقرر ووجه عدم إثباته في الصداق أن المال تبع في النكاح لا مقصود ووجه إثباته أنه مستقل

ومثل الصداق عوض الخلع

(وينقطع) خيار المجلس (بالتخاير) من العاقدين (بأن يختارا لزومه) أي العقد بهذا اللفظ كقولهما تخايرنا أو اخترنا أو غيره كقولهما أمضينا العقد أو ألزمناه أو أجزناه أو أبطلنا الخيار أو أفسدناه لأنه حقهما فيسقط بإسقاطهما كخيار الشرط

(فلو اختار أحدهما) لزومه (سقط حقه) من الخيار (وبقي) الحق فيه (للآخر) كخيار الشرط وقيل لا يبقى لأن خيار المجلس لا يتبعض في الثبوت ولا يتبعض في السقوط

لكن على الأول لو كان المبيع ممن يعتق على المشتري واختار البائع سقط خيار المشتري أيضا للحكم بعتق المبيع قاله شيخنا في شرح بهجته

ولو قال أحدهما لصاحبه اختر سقط خيار القائل ولو لم يختر صاحبه لتضمنه الرضا باللزوم

واحترز المصنف باختيار أحدهما اللزوم عن اختياره الفسخ فإنه ينفسخ العقد وإن اختار الآخر اللزوم لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها وتبايعهما في العوضين ولو ربويين بعد قبضهما بيعا ثانيا إجازة للأول لأنه رضي بلزومه ويصح الثاني ويثبت فيه الخيار

ولو أجاز في الربوي قبل التقابض بطل وإن تقابضا قبل التفرق على

". (١)

"قال القفال ليس له الحبس لأنه أبطل حقه من الحبس بنقله إلى العين إذ حق الحبس لاستيفاء عين الثمن وقد بدله

لكن عبارة الروضة ولو صالح من الثمن على مال فله إدامة حبسه لاستيفاء العوض

---

(١) مغني المحتاج، ٢/٤٤

قال الولي العراقي ولعل الأول محمول على ما إذا استبدل عينا والثاني على ما إذا استبدل دينا اه
والمعتمد إطلاق عبارة الروضة كما جرى عليه ابن المقري في روضه

خاتمة اختلاف المكتري والمستأجر في الابتداء بالتسليم كاختلاف البائع والمشتري في ذلك وما قيل من أن اختلاف المسلم والمسلم إليه كذلك مردود كما قاله شيخنا لأن **الإجبار** إنما يكون بعد اللزوم كما مر والسلم إنما يلزم بعد قبض رأس المال والتفرق من المجلس

ولو تبرع البائع بالتسليم لم يكن له حق الحبس وكذا لو أعاره البائع للمشتري قال الزركشي والمراد من العارية نقل اليد كما قالوه في إعارة المرتهن الرهن للراهن وإلا فكيف تصح الإعارة من غير مالك وقال غيره صورتها أن يؤجر عينا ثم يبيعها لغير مستأجرها ثم يستأجرها من المستأجر ويعيرها للمشتري قبل القبض ولو أودعه له كان له استرداده إذ ليس له في الإيداع تسليط بخلافه في الإعارة

وتلفه في يد المشتري بعد الإيداع كتلفه في يد البائع كما قاله القاضي أبو الطيب في الشفعة وله استرداده أيضا فيما إذا خرج الثمن زيوفا كما قاله ابن الرفعة وغيره

ولو اشترى شخص شيئا بوكالة اثنين وفي نصف الثمن عن أحدهما كان للبائع الحبس حتى يقبض الكل بناء على أن الاعتبار بالعاقد أو باع منهما ولكل منهما نصف وأعطى أحدهما البائع النصف من الثمن سلم إليه البائع نصفه من المبيع لأنه سلمه جميع ما عليه بناء على أن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري

باب التولية أصلها تقليد العمل ثم استعملت فيما يأتي (والإشراك) مصدر أشركه أي صيره شريكا (والمرابحة) وهي مفاعلة من الربح وهو الزيادة على رأس المال

وفيه أيضا المحاطة من الحط وهو النقص ولم يترجم لها قال ابن شهبة إما لإدخالها في المرابحة كما فعل الإمام لأنها في الحقيقة ربح المشتري وإما لأنه ترجم للأشرف من القسمين واكتفى به عن الآخر كقوله تعالى ﴿ سرابيل تقيكم الحر ﴾ أي والبرد

وأهمل المساومة

ثم شرع في النوع الأول من الترجمة فقال إذا (اشترى) شخص (شيئا) بمثلي (ثم قال) بعد قبضه ولزوم العقد وهو عالم بالثمن (لعالم بالثمن) قدرا وصفة بإعلام المشتري أو غيره أو لجاهل به ثم علم به قبل قبوله كما قاله الزركشي (وليتك هذا العقد) سواء قال بما اشتريت أم سكت (فضل) كقوله قبلته أو توليته (لزمه مثل الثمن) جنسا وقدرا وصفة

أما إذا اشتراه بعرض فإن عقد التولية لا يصح إلا ممن ملك ذلك العرض

نعم لو قال قام علي بكذا وقد أوليتك العقد بما قام علي أو ولت المرأة في صداقها بلفظ القيامة أو قاله الرجل في عوض الخلع صح كما جزم به ابن المقري في الأول ومثلها البقية

(وهو) أي عقد التولية (بيع في شرطه) أي في سائر شروطه كالتقابض في الربوي والقدرة على التسليم لأن حد البيع صادق عليه

(وترتب) جميع (أحكامه) من تجديد شفعة إذا كان المبيع شقصا مشفوعا عفا عنه الشفيع في العقد الأول

وقضية كونها أي التولية بيعا أن للمولي مطالبة المتولي بالثمن مطلقا وهو كذلك وإن قال الإمام ينقدح أنه لا يطالبه حتى يطالبه بائعه

وليس للبائع مطالبة المتولي وإن توقف فيه الإمام ومن بقاء الزوائد المنفصلة للمولي وغير ذلك لأنه ملك جديد

(لكي لا يحتاج) عقد التولية (إلى ذكر الثمن) بل يكتفي العلم به عن ذكره لأن خاصيته البناء على الثمن الأول وإن لزمه أحكام البيع

(ولو حط) بضم الحاء (عن المولي) بكسر اللام (بعض الثمن) كما في المحرر (انحط عن المولى) بفتحها لأن

." (١)

"يملؤه ويصب على رأسه بقدر ما يحمل

ويسلم التمر جافا ولو في أول جفافه لأنه قبل جفافه لا يسمى تمرا ولا يجزيء ما تناهى جفافه حتى لم يبق فيه نداوة لأن ذلك نقص كما ذكره ابن الرفعة و السبكي وغيرهما

ويسلم الرطب غير مشدخ وهو البسر يعالج بالغمر ونحوه حتى يتشدخ أي يترطب وهو المسمى بالمعمول في بلاد مصر

وتسلم الحنطة ونحوها نقية من التراب والمدر والشعير ونحو ذلك وقليل التراب ونحوه يحتمل في الكيل لأنه لا يظهر فيه لا في الوزن لظهوره فيه ومع احتماله في الكيل إن كان لإخراج التراب ونحوه مؤنة لم يلزمه قبوله كما حكاه في الروضة وأقره

---

(١) مغني المحتاج، ٧٦/٢

(ولو أحضره) أي المسلم فيه المؤجل (قبل محله) بكسر الحاء أي وقت حلوله

(فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح بأن كان حيوانا) يحتاج لمؤنة لها وقع كما قيده في المحرر بذلك فلو قصرت المدة لم يكن له الامتناع

(أو وقت غارة) والأفصح إغارة كما استعمله المصنف في باب الهدنة

أو كان تمرا أو لحما يريد أكله عند المحل طريا أو كان مما يحتاج إلى مكان له مؤنة كالحنطة الكثيرة

(لم يجبر) على قبوله لتضرره وإن كان للمؤدي غرض صحيح في التعجيل

تنبيه لو عبر بقوله (كأن) ليشمل ما ذكرته لكان أولى من التعبير (بأن) لأنه يوهم الحصر فيما ذكره وليس مرادا ولكن يكثر في كلام الشيخين الإتيان (بأن) بدل كأن ولكنه خلاف المصطلح عليه

وقوله أو وقت غارة تقديره أو لوقت وقت غارة فلا يصح عطفه على خبر كان

(وإلا) بأن لم يكن للمسلم غرض صحيح في الامتناع (فإن كان للمؤدي غرض صحيح) في التعجيل (كفك رهن) أو براءة ضامن (أجبر) المسلم على القبول لأن امتناعه حينئذ تعنت

(وكذا) يجبر عليه لخوف انقطاع الجنس عند الحلول أو (لمجرد غرض البراءة) أي براءة ذمة المسلم إليه (في الأظهر) وكذا لا لغرض كما اقتضاه كلام الروض لأن الأجل حق المدين وقد أسقطه فامتناعه من قبوله محض تعنت

فإن قيل قد ذكروا في باب المناهي أن المدين إذا أسقط الأجل لا يسقط حتى لا يتمكن المستحق من مطالبته

أجيب بأن الإسقاط هنا وسيلة إلى الطلب المؤدي للبراءة والدفع محصل لها نفسها فكان أقوى مع أن الأجل لم يسقط في الموضعين

والثاني لا يجبر للمنة

وعلم مما تقرر أنه لو تعارض غرضاهما فالمرعي جانب المستحق على الأصح كما أفهمه كلام المصنف فإنه لم ينظر إلى غرض المؤدي إلا عند عدم غرض المستحق ويجبر الدائن على قبول كل دين حال إن كان غرض المؤدي غير البراءة وعليه أو على الإبراء إن كان غرضه البراءة

قال السبكي هذا إذا أحضره من هو عليه فإن تبرع به غيره فإن كان عن حي لم يجب القبول للمنة وإلا فإن كان المتبرع الوارث وجب القبول لأنه يخلص التركة لنفسه أو غيره ففيه تردد جواب القاضي اه

والظاهر عدم الوجوب وحيث ثبت الإجبار وأصر على الامتناع قبضه الحاكم له

تنبيه لو أحضر المسلم فيه الحال في مكان التسليم لغرض غير البراءة أجبر المسلم على قبوله أو لغرضها أجبر على القبول أو الإبراء

وقد يقال بالتخيير في المؤجل والحال المحضر في غير مكان التسليم أيضا وجرى عليه صاحب الأنوار في الثاني

والذي يقتضيه كلام الروضة وأصلها وهو الأوجه الإجبار فيهما على القبول فقط والفرق أن المسلم في مسألتنا استحق التسليم فيها لوجود زمانه ومكانه فامتناعه عنه محض عناد فضيق عليه بطلب الإبراء بخلاف ذينك

(ولو وجد المسلم المسلم إليه بعد المحل) بكسر الحاء

(في غير محل التسليم) بفتحها وهو مكانه المتعين بالعقد أو الشرط وطالبه بالمسلم فيه (لم يلزمه) أي المسلم إليه (الأداء إن كان لنقله) من محل التسليم إلى محل الظفر (مؤنة) ولم يتحملها المسلم عن المسلم إليه لعدم التزامه لها ولتضرره بذلك بخلاف ما لا مؤنة لنقله كدراهم لا مؤنة لنقلها أو تحملها المسلم فإنه يلزمه الأداء إذ لا ضرر عليه حينئذ

تنبيه أشار المصنف بنفي الأداء خاصة إلا أن له الدعوى عليه وإلزامه بالسفر معه إلى مكان التسليم أو بالتوكيل

---

(١) ".

"به الناس لأنهم يتسامحون فيه

قال الإسنوي والمتجه إلحاق الراهن والمرتهن به ورده الزركشي بأن الحق لهما لا يعدوهما فيجوز بغير ذلك بخلاف العدل

ورد عليه بأن الكلام في كل منهما منفردا

نعم محله في بيع الراهن كما قاله الزركشي فيما إذا نقص عن الدين فإن لم ينقص عنه كما لو كان المرهون يساوي مائة والدين عشرة فباعه بإذن المرتهن بالعشرة صح إذ لا ضرر على المرتهن في ذلك

---

(١) مغني المحتاج، ٢/١١٦

ولو قال الراهن للعدل لا تبعه إلا بالدراهم وقال المرتهن لا تبعه إلا بالدنانير لم يبع بواحد منهما لاختلافهما في الإذن كذا أطلقه الشيخان ومحله كما قال الزركشي إذا كان للمرتهن فيه غرض وإلا كأن كان حقه دراهم ونقد البلد دراهم وقال الراهن بعه بالدراهم المرتهن بالدنانير فلا يراعى خلافه ويباع بالدراهم كما قطع به القاضي أبو الطيب و الماوردي وغيرهما

وإذا امتنع على العدل البيع بواحد منهما باعه الحاكم بنقد البلد وأخذ به حق المرتهن إن لم يكن من نقد البلد أو باع بجنس الدين وإن لم يكن من نقد البلد إن رأى ذلك

(فإن زاد) في الثمن (راغب) يوثق به زيادة لا يتغابن الناس بمثلها بعد لزوم البيع لم تؤثر ولكن يستحب أن يستقبل المشتري ليبيعه بالزيادة للراغب أو للمشتري إن شاء أو زاد الراغب

(قبل انقضاء الخيار) للمجلس أو الشرط (فليفسخ) أي العدل البيع (وليبعه) له أو للمشتري إن شاء

ولو باعه ابتداء من غير فسخ صح وكان البيع فسخا وهو أولى لأنه قد يفسخ فيرجع الراغب

فلو لم يفعل ما ذكر انفسخ لأن زمن الخيار كحالة العقد وهو يمتنع عليه أن يبيعه بمثل الثمن وهناك راغب بزيادة فلو رجع الراغب عن الزيادة فإن كان قبل التمكين من بيعه فالبيع الأول بحاله وإلا بطل واستؤنف من غير افتقار إلى إذن جديد إن كان الخيار لهما أو للبائع لعدم انتقال الملك وإلا فلا بد من إذن جديد

(ومؤنة المرهون) من نفقة رقيق وكسوته وعلف دابة وأجرة سقي أشجار وجداد ثمار وتجفيفها ورد آبق ونحو ذلك (على الراهن) المالك بالإجماع إلا ما روي عن الحسن البصري أنها على المرتهن

(ويجبر عليها لحق المرتهن على الصحيح) حفظا للوثيقة

والثاني لا يجبر عند الامتناع ولكن يبيع القاضي جزءا منه فيها بحسب الحاجة إلا أن تستغرق المؤنة الرهن قبل الأجل فيباع ويجعل ثمنه رهنا

وعلى الأول لو غاب المالك أو أعسر فكهرب الجمال وسيأتي في الإجارة

تنبيه قال الإسنوي قوله ويجبر عليها إلخ حشو لا حاجة إليه بل يوهم أن الإيجاب متفق عليه فلو حذفه كان أصوب نعم لو حذف الواو من قوله ويجبر زال الإبهام خاصة اه

وهذا ممنوع إذ كلام الروضة صريح في أن الخلاف في **الإجبار** وعدمه فقط وقد مر أن كون المؤنة على المالك مجمع عليه إلا ما حكي عن الحسن البصري

فإن قيل يستثنى من كلامهم المؤن المتعلقة بالمداواة كالفصد والحجامة وتوديج الدابة وهو بمنزلة الفصد في الآدميين والمعالجة بالأدوية فلا تجب عليه

أجيب بأن هذه لا تسمى مؤنة فلم يتناولها كلامهم ولهذا ذكرها المصنف عقب ذلك بقوله (ولا يمنع الراهن من مصلحة المرهون كفصد وحجامة) ومعالجة بالأدوية والمراهم حفظا لملكه فدل ذلك على عدم دخولها فيما تقدم

(وله) ختان الرقيق إن لم يخف منه وكأن يندمل قبل الحلول سواء في ذلك الصغير والكبير كما أطلقه الجمهور لأنه لا بد منه والغالب فيه السلامة

وله قطع السلعة واليد المتأكلة والمداواة إذا غلبت السلامة وإلا امتنع عليه ذلك

وله نقل المزدحم من النخل إذا قال أهل الخبرة نقلها أنفع وقطع البعض منها لإصلاح الأكثر والمقطوع منها مرهون بحاله وما يحدث من سعف وجريد وليف غير مرهون وكذا ما كان ظاهرا منها عند العقد كالصوف بظهر الغنم

وله رعي الماشية في الأمن نهارا ويردها إلى المرتهن أو العدل ليلا وله أن ينتجع بها إلى الكلأ ونحوه لعدم الكفاية في مكانها ويردها إلى عدل يتفقان عليه أو ينصبه الحاكم ويجوز للمرتهن الانتجاع بها للضرورة كما يجوز له نقل المتاع من بيع غير محرز إلى محرز فإن انتجعا إلى مكان واحد فذاك أو إلى مكانين فلتكن مع الراهن ويتفقان على عدل يبيت عنده أو ينصبه الحاكم كما مر

(وهو) أي المرهون (أمانة في يد المرتهن) لخبر الرهن

". (١)

"للجار منعه لأنه إذا أراد رفع جميع الحائط لم يمنع منه فإذا رفع بعضه لم يمنع

(والجدار بين مالكين) لبناءين (قد يختص) أي ينفرد (به أحدهما) ويكون ساترا للآخر (وقد يشتركان فيه فالمختص) به أحدهما (ليس للآخر وضع الجذوع) بالمعجمة أي خشبه (عليه بغير إذن في الجديد ولا يجبر المالك) له إن امتنع من وضعها لخبر لا يحل لامريء من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس رواه الحاكم بإسناد على شرط الشيخين في معظمه وكل منهما منفرد في بعضه

ولخبر لا ضرر ولا ضرار في الإسلام قال المصنف حديث حسن رواه ابن ماجة والدارقطني

---

(١) مغني المحتاج، ٢/١٣٦

وقياسا على سائر أمواله ونقله البغوي في شرح السنة عن أكثر أهل العلم

والقديم يجوز ذلك ويجبر المالك لحديث الشيخين عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه لا يمنعن جار جاره أن يضع خشبة في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها أي عن السنة معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم بالتاء المثناة من فوق أي بينكم وروي بالنون ومعناه أيضا بينكم فإن الكتف هو الجانب قال البيهقي ولم نجد في السنة ما يعارض هذا الحديث ولا تصح معارضته بالعمومات

وأجاب عنه الأصحاب بأنه محمول على الندب لقوة العمومات المعارضة وبأن الضمير في جداره لصاحب الخشب أي لا يمنع جاره أن يضع خشبه على جدار نفسه وإن تضرر به من جهة منع الضوء ونحوه

قال الإسنوي ويتأيد بأنه القياس الفقهي والقاعدة النحوية فإنه أقرب من الأول فوجب عود الضمير إليه

تنبيه قد يقتضي التعبير بالجديد أن مقابله قديم محض وليس مرادا بل هو منصوص عليه في الجديد أيضا حكاه البويطي عن الشافعي وهو من رواة الجديد

وظاهره أن القول القديم مطلق وليس مرادا بل له شروط أن لا يحتاج المالك إلى وضع جذوعه عليه وأن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار وأن لا يبني عليه أزجا وأن لا يضع عليه ما لا يحمله الجدار ولا يضر به وأن لا يملك الجار شيئا من جدار البقعة التي يريد تسقيفها وأن لا يملك إلا جدارا واحدا

وقد يفهم من التعبير بالوضع اختصاص الخلاف بذلك وأنه لا يجوز إدخال الجذوع في الحائط قطعا وليس مرادا بل الخلاف جار فيه أيضا

وفرض المصنف الخلاف في الجدار بين المالكين يخرج الساباط إذا أراد أن يبنيه على شارع أو درب غير نافذ وأن يضع طرف الجذوع على حائط جاره المقابل فلا يجوز ذلك إلا بالرضا قطعا قاله المتولي وغيره لأن هذا الجدار ليس بين مالكين

فإن قيل قوله ولا يجبر المالك قد يفهم أنه مجزوم به وأن القولين إنما هما في الجواز ابتداء وليس مرادا فلو حذفه لكان أولى

أجيب بأنه فرعه على الجديد

(فلو رضي) المالك بالوضع (بلا عوض) وقلنا بعدم **الإجبار** (فهو إعارة) لصدق حدها عليه فيستفيد بها المستعير الوضع مرة واحدة حتى لو رفع جذوعه أو سقطت بنفسها أو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة لم يكن له الوضع ثانيا في الأصح لأن الإذن إنما يتناول مرة فقط

(وله) أي للمالك (الرجوع قبل البناء عليه) قطعا (وكذا بعده في الأصح) كسائر العواري

والثاني لا رجوع له بعد البناء لأن مثل هذه العواري يراد بها التأبيد كالإعارة لدفن الميت

(وفائدة الرجوع تخييره بين أن يبقيه) أي الموضوع المبني عليه (بأجرة أو يقلع) ذلك (ويغرم أرش نقصه) وهو ما بين قيمته قائما ومقلوعا كما في إعارة الأرض للبناء أو الغراس وليس له التملك لذلك بقيمته وإن قال الزركشي إن قضية كلام أكثر العراقيين أن له ذلك

بخلاف من أعار أرضا للبناء أو الغراس فإن له بعد رجوعه أن يتملكه بقيمته لأن الأرض أصل فجاز أن تستتبع والجدار تابع فلا يستتبع

(وقيل فائدته طلب الأجرة) في المستقبل (فقط) لأن القلع يضر المستعير لأن الجذوع إذا ارتفعت أطرافها عن جدار لا تستمسك على الجدار الآخر والضرر لا يزال بالضرر

". (١)

"(ولو رضي بوضع الجذوع والبناء عليها بعوض) على قول منع **الإجبار** (فإن أجر رأس الجدار للبناء) عليها (فهو إجارة) كسائر الأعيان التي تستأجر للمنافع لكن لا يشترط فيها بيان المدة في الأصح لأنه عقد يرد على المنفعة وتدعو الحاجة إلى دوامه فلم يشترط فيه التأقيت كالنكاح

والثاني يشترط وكلاما لمصنف يقتضيه

قال الزركشي نعم لو كانت الدار وقفا عليه وأجره فلا بد من بيان المدة قطعا كذا ذكره القاضي حسين

(وإن قال بعته للبناء عليه أو بعت حق البناء عليه فالأصح أن هذا العقد) الواقع بلفظ البيع أو بلفظ الصلح كما في الكفاية (فيه شوب بيع) لكونه مؤبدا

---

(١) مغني المحتاج، ٢/١٨٧

(و) شوب (إجارة) لأن المستحق به منفعة فقط إذ لا يملك المشتري فيه عينا فلو كان إجارة محضة لاشترطنا تأقيتها أو بيعا محضا لكان رأس الجدار لصاحب الجذوع

والثاني أن هذا العقد بيع يملك به مواضع رؤوس الجذوع

والثالث أنه إجارة مؤبدة للحاجة

واحترز بقوله للبناء عليه عما إذا باعه وشرط أن لا يبني عليه فإنه جائز قطعا وينتفع به بما عد البناء من مكث عليه وغيره وكذا لو باعه ولم يتعرض للبناء بالكلية كما ذكره الماوردي وحكم البناء على الأرض أو السقف أو الجدار بلا جذوع كذلك

تنبيه قوله شوب قال في الدقائق إنه الصواب وإن قول بعضهم شائبة محض تصحيف

قال السبكي لا يظهر لي وجه التصحيف في ذلك لأن الشوب الخلط ويطلق على المخلوط به وهو المراد هنا والشائبة يشاب بها فكل منهما صواب

وقال الإسنوي التعبير بالتصحيف هنا لا مدخل له بل صوابه التحريف

(فإذا بنى) بعد قوله بعته للبناء أو بعت حق البناء وقلنا بالأول (فليس لمالك الجدار نقضه) أي نقض بناء المشتري (بحال) أي لا مجانا ولا مع إعطاء أرش نقصه لأنه يستحق الدوام بعقد لازم

نعم إن اشترى مالك الجدار حق البناء من المشتري جاز كما صرح به المحاملي و أبو الطيب وحينئذ يتمكن من الخصلتين اللتين جوزناهما لو أعار لزوال استحقاق صاحب الجذوع

تنبيه سكت الشيخان عن تمكين البائع من هدم حائط نفسه ومن منع المشتري أن يبني إذا لم يكن بنى ولا شك كما قاله الإسنوي أنه لا يتمكن منهما

ولو وجدنا الجذوع موضوعة عن الجدار ولم نعلم كيف وضعت فالظاهر أنها وضعت بحق فلا تنقض ويقضى باستحقاقهما دائما فلو سقط الجدار وأعيد فله إعادتها بلا خلاف لأنا حكمنا بأنها وضعت بحق وشككنا في المجوز للرجوع ولمالك الجدار نقضه إن كان مستهدما وإلا فلا كما في زيادة الروضة

(ولو انهدم الجدار) بعد بناء المشتري أو قبله (فأعاده مالكه) باختياره ولا يلزمه ذلك في الجديد (فللمشتري) أولى منه فللمستحق

(إعادة البناء) في الأولى وابتداؤه في الثانية بتلك الآلات وبمثلها لأنه حق ثبت له

ولو لم يبنه المالك فأراد صاحب الجذوع إعادته من ماله ليبني عليه قال الإسنوي كان له ذلك كما صرح به جماعة وقال السبكي إنه قضية كلام الأصحاب

وفهم مما قدرته في كلام المصنف أن العقد لا ينفسخ بعارض هدم أو انهدام وهو كذلك كما ذكره في أصل الروضة لالتحاقه بالبيوع وإن كان قضية تعليل الرافعي وقول المصنف فللمشتري اختصاص ذلك بما إذا وقع العقد بلفظ البيع ونحوه

فأما إذا أجره إجارة مؤقتة فيجري في انفساخها الخلاف في انهدام الدار المستأجرة

وخرج بانهدام ما لو هدمه شخص من مالك أو غيره فإن المشتري يطالب بقيمة حق وضع بناءه على الجدار للحيلولة بينه وبين حقه سواء أبنى أم لا مع غرم أرش البناء إن كان قد بنى وإلا فلا أرش فإن أعيد الجدار استعيدت القيمة لزوال الحيلولة وله البناءان لم يكن بنى وإعادته إن كان قد بنى

تنبيه لا يغرم الهادم أجرة البناء لمدة الحيلولة قال الإمام لأن الحق على التأبيد وما لا يتقدر لا ينحط عما لا يتناهى

قال الإسنوي وفي كلامه إشارة إلى الوجوب فيما إذا وقعت الإجارة على مدة والمتجه عدم الوجوب لأن

." (١)

"وجوب الأجرة للحيلولة إنما محله عند قيام العين ولم يصرحوا بوجوب إعادة الجدار على مالكه وينبغي أن يقال إن هدمه مالكه ابتداء عدوانا فعليه إعادته وإن هدمه أجنبي أو مالكه وقد استهدم لم تجب لكن يثبت للمشتري الفسخ إن كان ذلك قبل التخلي اه

والمعتمد أنه لا يجب على المالك إعادته مطلقا كما هو ظاهر كلام الأصحاب

ويغرم الأجنبي للمالك أرش الجدار مسلوبا منفعة رأسه وإذا أعاده المالك استرد من المشتري ما أخذه في نظيرها

(وسواء كان الإذن) في وضع البناء على غير أرض (بعوض أو بغيره يشترط بيان قدر الموضع المبني عليه طولا وعرضا) وبيان محله (وسمك الجدران) بفتح السين (وكيفيتها) أي الجدران أهي مجوفة أو منضدة وهي ما التصق بعضها إلى بعض من حجر أو غيره (وكيفية السقف المحمول عليها) أهو من أزج وهو العقد المسمى بالقبو أو خشب أو غير ذلك لأن الغرض يختلف بذلك

ولا يشترط التعرض لوزن الآلة في الأصح وتغني مشاهدة الآلة عن كل وصف

---

(١) مغني المحتاج، ٢/١٨٨

فائدة ارتفاع الجدار من الأرض سمك بفتح السين والمنزول منه إليها عمق بضم العين المهملة لا طول وعرض له بل طوله امتداده من زاوية البيت مثلا إلى زاويته الأخرى وعرضه هو البعد النافذ من أحد وجهيه إلى الآخر

وقد تقدم أن الأولى للمصنف أن يزيد همزة قبل كان ويأتي ب أم عوضا عن أو وقد وقع للمصنف مثل هذا في مواضع كثيرة

(ولو أذن في البناء على أرضه كفى بيان قدر محل البناء) لأن الأرض تحمل كل شيء فلا يختلف الغرض إلا بقدر مكان البناء

وينبغي كما قال الأذرعي بيان قدر حفر الأساس طولا وعرضا وعمقا لاختلاف الغرض به فإن المالك قد يحفر سردابا أو غيره تحت البناء لينتفع بأرض ويمنع من ذلك مزاحمة تعميق الأساس

(وأما الجدار المشترك) بين اثنين مثلا (فليس لأحدهما وضع جذوعه عليه بغير إذن) من الآخر (في الجديد) والقديم له ذلك كالقديم في الجار وقد سبق توجيههما وهو هنا أولى

(وليس له) أي أحدهما (أن يتد فيه وتدا) بكسر التاء فيهما وفتحها في الثاني

(أو يفتح) فيه (كوة) أو يترب كتابه منه أو نحو ذلك مما يضايق فيه عادة

(إلا بإذنه) أو علمه برضاه كغيره من المشتركات

وأفهم جواز الفتح وغيره بالإذن لكن يشترط في الفتح أن لا يكون بعوض وإلا كان صلحا على الضوء والهواء المجرد

قال ابن الرفعة وإذا فتح بالإذن فليس له السد إلا بالإذن أيضا لأنه تصرف في ملك الغير

(وله أن يستند إليه) (و) أن (يسند) إليه (متاعا) بقيد زاده بقوله (لا يضر وله) ولغيره (ذلك في جدار الأجنبي) لأنه لا ضرر على المالك فلا يتضايق فيه بل له ذلك ولو منعه المالك لأن منعه عناد محض بل ادعى الإمام في المحصول الإجماع فيه

فإن قيل قضية كلامهم في باب العارية أنه لا يجوز الاستناد إلى جدار الغير بغير إذنه

أجيب بأن ذلك محمول على استناد يضر

وللشريكين قسمة الجدار عرضا في كمال الطول وهذه صورته وطولا في كمال العرض وهذه صورته لكن بالتراضي لا بالجبر فلو طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر لاقتضاء الإجبار القرعة وهي ممتنعة هنا لأنها ربما أخرجت لكل منهما ما يضر الآخر في انتفاعه بملكه

وكيف يقسم الجدار هل يشق بالمنشار أو يعلم بعلامة كخط فيه وجهان الظاهر كما قال شيخنا جواز كل منهما ولا نظر في الأول أن شق الجدار إتلاف له وتضييع لأنهما يباشران القسمة لأنفسهما فهو كما لو هدماه واقتسما النقض ويجبر على قسمة عرصة الجدار ولو كان عرضا في كمال الطول ليختص كل منهما بما يليه فلا يقتسمانها بالقرعة لئلا يخرج بها لكل منهما ما يلي الآخر بخلاف ما إذا اقتسماها طولا في كمال العرض

وفارق ما ذكر في عرصة الجدار ما مر فيه بأنها مستوية وتتيسر قسمتها غالبا بخلافه وسيأتي إيضاح ذلك إن شاء الله تعالى في باب

". (١)

"القسمة

(وليس له إجبار شريكه على العمارة في الجديد) ولو بهدم الشريكين للمشترك لاستهدام أو لغيره كما لا يجبره على زراعة الأرض المشتركة ولأن الممتنع يتضرر أيضا بتكليفه العمارة والضرر لا يزال بالضرر

نعم يجبر في الأرض على إجارتها على الصحيح وبها يندفع الضرر القديم ونص عليه في البويطي الإجبار صيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل وأفتى بهذا ابن الصلاح واختاره الغزالي وصححه جماعة

وقيل إن القاضي يلاحظ أحوال المتخاصمين فإن ظهر له أن الامتناع لغرض صحيح أو شك في أمره لم يجبره وإن علم أنه عناد أجبره

قال في الروضة ويجري ذلك في النهر والقناة والبئر المشتركة واتخاذ سترة بين سطحيهما وإصلاح دولاب بينهما تشعث إذا امتنع أحدهما من التنقية أو العمارة

ولو هدم الجدار المشترك أحد الشريكين بغير إذن الآخر لزمه أرش النقص لا إعادة البناء لأن الجدار ليس مثليا وعليه نص الشافعي في البويطي وإن نص في غيره على لزوم الإعادة

ولا يجبر أحد الشريكين على سقي النابت من شجر وغيره كما صرح به القاضي وغيره خلافا للجوزي ولا إعادة السفل لينتفع به صاحب العلو فلو كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر وانهدمت فليس للأول إجبار الثاني على إعادة السفل ولا للثاني إجبار الأول على معاونته في إعادته

والسفل والعلو بضم أولها وكسره

---

(١) مغني المحتاج، ١٨٩/٢

(فإن أراد) الشريك (إعادة منهدم بآلة لنفسه لم يمنع) ليصل إلى حقه بذلك

واعترض القاضي أبو الطيب و ابن الصباغ بذلك فقالا أساس الجدار مشترك فكيف جوزتم بناءه بآلة نفسه وأن ينتفع به بغير إذن شريكه وقال السبكي العرصة مشتركة ولا حق لأحدهما على الآخر في الاستبداد بها ولا سيما وهو يمكنه المقاسمة فإن الصحيح جواز المقاسمة في ذلك بالتراضي عرضا في كمال الطول وبها يندفع الضرر اه

وصور صاحب التعليقة على الحاوي المسألة بما إذا كان الأس للباني وحده وجرى عليه البارزي وصاحب الأنوار والمنقول ما في المتن

وأجيب عما ذكر بأن له حقا في الحمل فكان له إعادة الجدار لأجله

وقضيته أنه إذا لم يكن عليه بناء ولا جذوع لا يكون له إعادته مع أن ظاهر كلامهم الإطلاق وهو المعتمد وإن كان مشكلا

(ويكون المعاد ملكه يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء) لأنه بآلته ولا حق لغيره فيه

نعم لو كان لشريكه عليه جذع خير الباني بين تمكين الشريك من إعادته ونقض بناءه ليبني معه الآخر ويعيد جزعه

(ولو قال الآخر لا تنقضه وأغرم لك حصتي) أي قمية ما يخصني (لم يلزمه إجابته) على الجديد كابتداء العمارة

أما على القديم وهو لزوم العمارة فعليه إجابته

ولو عمر البئر أو النهر لم يمنع شريكه من الانتفاع بالماء لسقي الزرع وغيره وله منعه من الانتفاع بالدولاب والآلات التي أحدثها

(وإن أراد إعادته بنقضه المشترك فللآخر منعه) كسائر الأعيان المشتركة

وأفهم كلام المصنف جواز الإقدام عليه عند عدم المنع وقال في المطلب إنه مفهوم كلامهم بلا شك

والنقض بكسر النون وضمها وجمعه أنقاض قاله في الدقائق

(ولو تعاونا على إعادته) بأنفسهما أو بغيرهما (بنقضه عاد مشتركا كما كان) قبل إعادته فلو شرطا زيادة لأحدهما لم يصح على الصحيح لأنه شرط عوض من غير معوض

(ولو انفرد أحدهما وشرط له الآخر زيادة جاز وكانت في مقابلة عمله في نصيب الآخر) وقد صور الرافعي ذلك بصورتين إحداهما وهي الأقرب إلى عبارة المصنف أن يعيد ذلك بالنقض المشترك فيصير له الثلثان ويكون السدس في مقابلة عمله ومحله إذا جعل له الزيادة من النقض والعرصة في الحال فإن شرطه بعد البناء لم يصح لأن الأعيان لا تؤجل

الصورة الثانية أن تكون الإعادة بآلته فإذا شرط له الآخر السدس كما مر فقد قابل ثلث الآلة المملوكة له وعمله بسدس العرصة المبني عليها ولا بد من العلم بالآلات وبصفات الجدران كما قاله الرافعي

---

(١) ".

"الأمتعة فيما لو تنازع اثنان دارا بيدهما ولأحدهما فيها أمتعة فإذا تحالفا بقيت الجذوع بحالها لاحتمال أنها وضعت بحق من إعارة أو إجارة أو بيع أو قضاء قاض يرى **الإجبار** على الوضع

والذي ينزل عليه منها الإعارة لأنها أضعف الأسباب فلمالك الجدار قلع الجذوع بالأرش أو الإبقاء بالأجرة

(والسقف بين علوه) أي الشخص (وسفل غيره كجدار بين ملكين فينظر أيمكن حداثه بعد) بناء (العلو) بأن يكون السقف عاليا فيثقب وسط الجدار ويوضع رأس الجذوع في الثقب ويسقف فيصير البيت الواحد بيتين (فيكون في يدهما) لاشتراكهما في الانتفاع به فإنه ساتر لصاحب السفل وأرض لصاحب العلو

(أو لا) يمكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو (فلصاحب السفل) يكون لاتصاله ببنائه

خاتمة لو كان السفل لأحدهما والعلو لآخر وتنازعا في الدهليز أو العرصة فمن الباب إلى المرقى مشترك بينهما لأن لكل منهما يدا وتصرفا بالاستطراق ووضع الأمتعة وغيرهما والباقي للأسفل لاختصاصه به يدا وتصرفا

---

(١) مغني المحتاج، ٢/١٩٠

وإن تنازعا في المرقى الداخل وهو منقول فإن كان في بيت لصاحب السفل فهو في يده أو في غرفة لصاحب العلو فهو في يده أو منصوبا في موضع الرقي فلصاحب السفل كسائر المنقولات كما قاله ابن خيران وقال في الروضة إنه الوجه

وإن كان المرقى مثبتا في موضعه كالسلم المسمر فلصاحب العلو لأنه المنتفع به وكذا إن كان مبنيا ولم يكن تحته شيء فإن كان تحته بيت فهو بينهما كسائر السقوف أو موضع جرة أو نحوها فلصاحب العلو عملا بالظاهر مع ضعف منفعة الأسفل

ولو تنازعا في حيطان السفل التي عليها الغرفة فالمصدق صاحب السفل فإنها في يده أو في حيطان الغرفة فالمصدق صاحب العلو لأنها في يده

باب الحوالة هي بفتح الحاء أفصح من كسرها ومعناها في اللغة الانتقال من قولهم إذا انتقل عنه وتغير

وفي الشرع عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة ويطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى والأول هو غالب استعمال الفقهاء

والأصل فيها قبل الإجماع خبر الصحيحين مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع بإسكان التاء في الموضعين أي فليحتل كما رواه هكذا البيهقي ويسن قبولها على مليء لهذا الحديث

وصرفه عن الوجوب القياس على سائر المعاوضات

وخبر لا يحل مال امريء مسلم إلا بطيب نفس منه

ويعتبر في الاستحباب كما بحثه الأذرعي أن يكون المليء وافيا ولا شبهة في ماله

المليء بالهمزة الغني والمطل إطالة المدافعة والأصح أنها بيع دين بدين جوز للحاجة ولهذا لم يعتبر التقابض في المجلس وإن كان الدينان ربويين فهو بيع لأنها إبدال مال بمال لأن كل واحد ملك بها ما لم يملك فكأن المحيل باع المحتال ما له في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته وقيل استيفاء وهو المنصوص في الأم فكأن المحتال استوفى ما على المحيل وأقرضه المحال عليه قال ابن الحداد والتفريع على قول البيع لم أره مستمرا

وأركانها ستة محيل ومحال عليه ودين للمحتال على المحيل ودين للمحيل على المحال عليه وصيغة وكلها تؤخذ من كلامه الآتي وإن سمي بعضها شرط كما قال (يشترط لها) لتصح (رضا المحيل والمحتال

) لأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء فلا يلزم بجهة وحق المحتال في ذمة المحيل فلا ينتقل إلا برضاه لأن الذمم تتفاوت

والأمر الوارد للاستحباب كما مر وقيل للإباحة

وطريق الوقوف على تراضيهما إنما هو الإيجاب والقبول على ما مر

". (١)

" فرع لو قالت امرأة مشيرة إلى شخص

هذا زوجي فسكت فماتت ورثها ولو مات هو لم ترثه

وإن قال هو هذه زوجتي فسكتت فمات ورثته وإن ماتت لم يرثها على النص

واعلم أن أسباب الولاية أربعة

السبب الأول الأبوة وقد شرع فيه فقال (وللأب) ولاية **الإجبار** وهي (تزويج) ابنته (البكر صغيرة أو كبيرة) عاقلة أو مجنونة إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة (بغير إذنها) لخبر الدارقطني الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يزوجها أبوها ورواية مسلم والبكر يستأمرها أبوها حملت على الندب ولأنها لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء

أما إذا كان بينه وبينها عداوة ظاهرة فليس له تزويجها إلا بإذنها بخلاف غير الظاهرة لأن الولي يحتاط لموليته لخوف العار وغيره وعليه يحمل إطلاق الماوردي والروياني الجواز

تنبيه لتزويج الأب بغير إذنها شروط الأول أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة كما مر والثاني أن يزوجها من كفء

الثالث أن يزوجها بمهر مثلها

الرابع أن يكون من نقد البلد الخامس أن لا يكون الزوج معسرا بالمهر السادس أن لا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى وشيخ هرم

السابع أن لا يكون قد وجب عليها الحج فإن الزوج قد يمنعها لكون الحج على التراخي ولها غرض في تعجيل براءة ذمتها قاله ابن العماد

---

(١) مغني المحتاج، ١٩٣/٢

وهل هذه الشروط المذكورة شروط لصحة النكاح بغير الإذن أو لجواز الإقدام فقط فيه ما هو معتبر لهذا وما هو معتبر لذاك فالمعتبر للصحة بغير الإذن أن لا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة وأن يكون الزوج كفؤا وأن يكون موسرا بحال الصداق وليس هذا مفرعا على اعتبار كون اليسار معتبرا في الكفاءة كما هو رأي مرجوح كما قاله الزركشي بل لأنه بخسها حقها وما عدا ذلك شروط لجواز الإقدام قال الولي العراقي وينبغي أن يعتبر في **الإجبار** أيضا انتفاء العداوة بينها وبين الزوج اه

وإنما لم يعتبر ظهور العداوة هنا كما اعتبر ثم لظهور الفرق بين الزوج والولي المجبر بل قد يقال كما قال شيخنا إنه لا حاجة إلى ما قاله لأن انتفاء العداوة بينها وبين الولي يقتضي أن لا يزوجها إلا ممن يحصل لها منه حظ ومصلحة لشفقته عليها أو مجرد كراهتها له من غير ضرر فلا تؤثر لكن يكره لوليها أن يزوجها منه كما نص عليه في الأم

(ويستحب استئذانها) أي البكر إذا كانت مكلفة لحديث مسلم السابق وتطييبا لخاطرها أما غير المكلفة فلا إذن لها ويسن استفهام المراهقة وأن لا يزوج الصغيرة حتى تبلغ

والمستحب في الاستئذان أن يرسل إليها نسوة ثقات ينظرن ما في نفسها والأم بذلك أولى لأنها تطلع على ما لا يطلع عليه غيرها

(وليس له تزويج ثيب) بالغة وإن عادت بكارتها كما صرح به أبو خلف الطبري في شرح المفتاح (إلا بإذنها) لخبر الدارقطني السابق وخبر لا تنكحوا الأيامى حتى تستأمروهن رواه الترمذي وقال حسن صحيح ولأنها عرفت مقصود النكاح فلا تجبر بخلاف البكر

(فإن كانت) تلك الثيب (صغيرة) غير مجنونة وغير أمة (لم تزوج) سواء احتملت الوطء أم لا (حتى تبلغ) لأن إذن الصغيرة غير معتبر فامتنع تزويجها إلى البلوغ أما المجنونة فيزوجها الأب والجد عند عدمه قبل بلوغها للمصلحة كما أو عدم أهليته فيما ذكر لأن له ولاية وعصوبة كالأب ويزيد الجد عليه في صورة واحدة وهي تولي طرفي العقد كما سيأتي بخلاف الأب ووكيل الأب والجد كالأب والجد لكن وكيل الجد يتولى الطرفين كما سيأتي

(وسواء) في حصول الثيوبة واعتبار إذنها (زالت البكارة بوطء) في قبلها (حلال) كالنكاح (أو حرام) كالزنا أو بوطء لا يوصف بهما كشبهة كما شمله عبارة المحرر بقوله بالوطء الحلال أو غيره لأن وطء الشبهة لا يوصف بحل ولا بحرمة ولا فرق في ذلك بين أن يكون في نوم أو يقظة

(ولا أثر لزوالها بلا وطء) في القبل (كسقطة) وحدة طمث وطول تعنيس وهو الكبر

." (١)

"النفس كملابسة القاذورات (ليس كفء أرفع أي في سببه فبعضهم يصل إليه بعز وراحة وبعضهم بذل ومشقة وبقوله تعالى ﴿ قالوا أنؤمن لك واتبعك الأرذلون ﴾ قال المفسرون كانوا حاكة ولم ينكر عليهم هذه التسمية

(فكناس وحجام وحارس وراع وقيم الحمام) ونحوهم كحائك (ليس كفؤ بنت خياط) والظاهر أن هؤلاء أكفاء لبعضهم بعضا ولم أر من تعرض لذلك

(ولا خياط بنت تاجر أو) بنت (بزاز) والظاهر أن كلا منهما كفء للآخر ولم أر أيضا من ذكره (ولا هما) أي التاجر والبزاز (بنت عالم و) بنت (قاض) نظرا للعرف في ذلك وصرح به ابن أبي هريرة بأن من أبوها بزاز أو عطار لا يكافئها من أبوه حجام أو بيطار أو دباغ قال الأذرعي وإذا نظرت إلى حرفة الأب فقياسه النظر إلى حرفة الأم أيضا فإن ابن المغنية أو الحمامية ونحوها ينبغي أن لا يكون كفؤا لمن ليست أمها كذلك لأنه نقص في العرف وعار اه

والأوجه عدم النظر إلى الأم

قال في الروضة وذكر في الحلية أنه تراعى العادة في الحرف والصنائع فإن الزراعة في بعض البلاد أولى من التجارة وفي بعضها بالعكس اه

وذكر في البحر نحوه أيضا وجزم به الماوردي وينبغي كما قال الأذرعي الأخذ به

قال الأذرعي وعلى اعتبار ما ذكره في الكتاب ينبغي أن تكون العبرة بالعالم الصالح أو المستور دون الفاسق وأما القاضي فإن كان أهلا فعالم وزيادة وإن كان غير أهل كما هو كثير وغالب في القضاة في زماننا نجد الواحد منهم كقريب العهد بالإسلام ففي النظر إليه نظر اه

بل ينبغي أن لا يتوقف في مثل ذلك

قال في الأنوار وإذا شك في الشرف والدناءة أو في الشريف والأشرف أو الدنيء والأدنأ فالمرجع عادة البلد والحرفة الدنيئة والفسق في الآباء قال الشيخان يشبه أن يكون حال من كان أبوه صاحب حرفة دنيئة أو مشهورا بالفسق مع من أبوها عدل كما ذكرنا فيمن أسلم بنفسه مع من أبوها مسلم

---

(١) مغني المحتاج، ١٤٩/٣

قال الرافعي والحق أن يجعل النظر في حق الآباء دينا وسيرة وحرفة من حيز النسب فإن تفاخر الآباء هي التي يدور عليها أمر النسب

ونقل الإسنوي عن الهروي في إشرافه أنه لا أثر لما ذكر كولد الأبرص وبه صرح جماعة منهم القاضي أبو الطيب والماوردي والروياني والأوجه اعتباره كما تقدم في ولد الأبرص أيضا

فإن قيل كيف يعد الرعي من الحرف الدنيئة مع أنها سنة الأنبياء في ابتداء أمرهم أجيب بأنه لا يلزم من ذلك كونه صفة مدح لغيرهم ألا ترى أن فقد الكتابة في حقه عليه الصلاة والسلام معجزة فتكون صفة مدح في حقه وفي حق غيره ليست كذلك وما تقدم في المتن معتبر في الكفاءة جزما

وأشار لما فيه الخلاف منها بقوله (والأصح أن اليسار لا يعتبر) في خصال الكفاءة لأن المال ظل زائل وحال حائل ومال مائل ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر

والثاني يعتبر لأنه إذا كان معسرا لم ينفق على الولد وتتضرر هي بنفقته عليها نفقة المعسرين استدل له بقوله صلى الله عليه وسلم أما معاوية فصعلوك لا مال له

وقال الأذرعي إنه المذهب المنصوص الأرجح دليلا ونقلا وبسط ذلك

نعم على الأول لو زوج الولي **بالإجبار** معسرا بمهر المثل لم يصح التزويج كما مرت الإشارة إليه وليس هذا مبنيا على اعتبار اليسار كما قاله الزركشي بل لأنه بخسها حقها فهو كتزويجها بغير كفء

ولا يعتبر أيضا الجمال والبلد ولا السلامة من عيب آخر منفر كالعمى والقطع وتشوه الصورة وإن اعتبرها الروياني

وصحح في زيادة الروضة كون الجاهل كفؤا للعالمة ورجح الروياني أنه غير كفء لها واختاره السبكي ورد على تصحيح الروضة بأن المصنف يرى اعتبار العلم في الأب فاعتباره في نفس المرأة أولى اه

وهذا متعين ولذلك أسقط ابن المقري ما في الروضة من روضه

قال في زيادة الروضة وليس البخل والكرم والطول والقصر معتبرا

قال الأذرعي وفيما إذا أفرط القصر في الرجل نظر

وينبغي أن لا يجوز للأب تزويج ابنته بمن هو كذلك فإنه ممر تعير به المرأة اه

فائدة قال الإمام الغزالي شرف النسب من ثلاث جهات إحداها الانتهاء إلى شجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يعادله شيء

الثانية الانتماء إلى العلماء فإنهم ورثة الأنبياء صلوات الله وسلامه

والثالثة الانتماء إلى أهل الصلاح المشهور والتقوى قال الله تعالى ﴿ وكان أبوهما صالحا ﴾ عليهم أجمعين وبهم ربط

." (١)

"الله تعالى حفظ الملة المحمدية

قالا ولا عبرة بالانتساب إلى عظماء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب وإن تفاخر الناس بهم

قال الرافعي وكلام النقلة لا يساعدهما عليه في عظماء الدنيا

قال في المهمات وكيف لا يعتبر الانتساب إليهم وأقل مراتب الإمرة أي ونحوها أن تكون كالحرفة وذو الحرفة الدنيئة لا يكافىء النفيسة

فرع المحجور عليه بسفه هل هو كفء للرشيدة أو لا لأنها تتضرر غالبا بالحجر على الزوج فيه نظر قاله الزركشي

والأوجه كما قال شيخنا الثاني

وقد جمع بعضهم خصال الكفاءة في بيت فقال نسب ودين صنعة حرية فقد العيوب وفي اليسار تردد (و) الأصح (أن بعض الخصال) المعتبرة في الكفاءة (لا يقابل ببعض) أي لا تجبر نقيصة بفضيلة فلا تزوج حرة عجمية برقيق عربي ولا سليمة من العيوب دنيئة بمعيب نسيب ولا حرة فاسقة بعبد عفيف (وليس له) أي الأب (تزويج ابنه الصغير أمة) لانتفاء خوف العنت المعتبر في نكاحها بخلاف المجنون يجوز تزويجه بها بشرطه (وكذا معيبة) بعيب يثبت الخيار كالبرصاء لا يزوجه بها (على المذهب) لأنه خلاف الغبطة

وفي قول يصح ويثبت له الخيار إذا بلغ

وقطع بعضهم بالبطلان في تزويجه الرتقاء والقرناء لأنه بذل مال في بضع لا ينتفع به بخلاف تزويج الصغيرة مجبوبا

وإن زوج المجنون أو الصغير عجوزا أو عمياء أو قطعاء أو الصغيرة بهرم أو أعمى أو أقطع فوجهان صحح منهما البلقيني وغيره عدم الصحة في صورة المجنون والصغير ونقلوه عن نص الأم لأنه إنما يزوجهما بالمصلحة ولا مصلحة لهما في ذلك بل فيه ضرر عليهما

---

(١) مغني المحتاج، ١٦٧/٣

وقضية كلام الجمهور في الكلام على الكفاءة تصحيح الصحة في صورة الصغيرة لأن وليها إنما يزوجها بالإجبار من الكفء وكل من هؤلاء كفء فالمأخذ في هذه وما قبلها مختلف وهذا هو الظاهر كما مرت الإشارة إلى بعضه لكن ينبغي أن يحرم عليه ذلك كما يؤخذ مما مر في شروط الإجبار

(ويجوز) للأب أن يزوج الصغير (من لا تكافئه بباقي الخصال) المعتبرة في الكفاءة كنسب وحرفة لأن الرجل لا يعير بافتراش من لا تكافئه

نعم يثبت الخيار إذا بلغ كما اقتضاه كلام الشرح والروضة هنا وإن نازع في ذلك الأذرعي فقد صرحا به أول الخيار حيث قالا ولو زوج الصغير من لا تكافئه وصححناه فله الخيار إذا بلغ

والثاني لا يصح ذلك لأنه قد لا يكون فيه غبطة

فصل في تزويج المحجور عليه (لا يزوج) على المذهب المنصوص وقول الجمهور (مجنون) ولا مختل وهو من في عقله خلل

قال في البحر ولا مبرسم (صغير) لأنه لا يحتاج إليه في الحال وبعد البلوغ لا يدرى كيف الأمر بخلاف الصغير العاقل كما سيأتي فإن الظاهر حاجته إليه بعد البلوغ

(وكذا) لا يزوج مجنون ومختل ومبرسم (كبير) أطبق جنونه ثم استثنى منه قوله (إلا لحاجة) للنكاح حاصلة حالا كأن تظهر رغبته في النساء بدورانه حولهن وتعلقه بهن أو مآلا كتوقع شفائه باستفراغ مائة بعد شهادة عدلين من الأطباء بذلك أو بأن يحتاج إلى من يخدمه ويتعهد ولا يجد في محارمه من يحصل به ذلك

وتكون مؤنة النكاح أخف من ثمن جارية وتقدم استشكال الرافعي والجواب عنه

(فواحدة) بالنصب أي يزوجه الأب ثم الجد ثم السلطان دون سائر العصبات كولاية المال واحدة ويجوز الرفع أي فواحدة يتزوجها

تنبيه ظاهر كلام الروضة أن الوصي لا يزوجه

قال البلقيني ويعضده نص الأم لكن في الشامل في الوصايا ما يقتضي أن يزوجه والسفيه عند حاجتهما قال وهو الأقرب في الفقه لأنه ولي المال والأوجه الأول

وإنما وجب الاقتصار على واحدة لاندفاع الحاجة بها

فإن لم تعفه المرأة الواحدة زيد ما يحصل به الإعفاف كما قاله الإسنوي وأشار

". (١)

"إليه الرافعي في الكلام على السفيه وقد لا تكفي الواحدة أيضا للخدمة فيزاد بحسب الحاجة

هذا إن بلغ مجنونا فإن بلغ رشيدا ثم جن بني على عود الولاية إلى الأب إن قلنا تعود وهو الأصح زوجة الأب ثم الجد وإلا فالحاكم فإن كان جنونه متقطعا لم يزوج حتى يفيق ويأذن ويشترط وقوع العقد في حال إفاقته فلو جن قبله بطل إذنه

وهل يشترط مراجعة الأقرب في تزويج السلطان فيه الخلاف الآتي في المجنونة وتقدم أنه يلزم المجبر تزويج مجنون ظهرت حاجته مع مزيد بيان

(وله) أي الولي من أب وجد لوفور شفقتهما وإن لم يتقدم لهما ذكر وقد صرح به في المحرر لا وصي وقاض (تزويج صغير عاقل) غير ممسوح (أكثر من واحدة) ولو أربعا إن رآه الولي مصلحة لأن تزويجه بالمصلحة وقد تقتضي ذلك

أما الصغير الممسوح ففي تزويجه الخلاف في الصغير المجنون قاله الجويني

(ويزوج المجنونة أب أو جد) لأنه لا يرجى لها حالة تستأذن فيها ولهما ولاية **الإجبار** في الجملة (إن ظهرت مصلحة) في تزويجها

(ولا تشترط الحاجة) قطعا لإفادتها المهر والنفقة بخلاف المجنون

(وسواء) في جواز التزويج (صغيرة وكبيرة ثيب وبكر) جنت قبل البلوغ أو بعده لما مر ويقدم أنه يلزم المجبر تزويج مجنونة بالغة محتاجة

(فإن لم يكن) للمجنونة (أب أو جد لم تزوج في صغرها) إذ لا إجبار لغيرهما ولا حاجة لهما في الحال (فإن بلغت زوجها السلطان في الأصح) المنصوص كما يلي ما لها لكن بمراجعة أقاربها ندبا تطييبا لقلوبهم ولأنهم أعرف بمصلحتها ومن هذا قال المتولي يراجع الجميع حتى الأخ والعم للأم والخال وقيل تجب المراجعة قال وعليه يراجع الأقرب فالأقرب من الأولياء لو لم يكن جنون

والثاني يزوجها القريب بإذن السلطان لقيامه مقام إذنها

وتزوج (للحاجة) للنكاح بظهور علامة شهوتها أو توقع شفائها بقول عدلين من الأطباء لأن تزويجها يقع إجبارا وغير الأب والجد لا يملك **الإجبار** وإنما يصار إليه للحاجة النازلة منزلة الضرورة

(لا لمصلحة) كتوفر المؤن فلا يزوجها لذلك (في الأصح) لما مر

---

(١) مغني المحتاج، ١٦٨/٣

والثاني نعم كالأب والجد قال ابن الرفعة وهو الأصح

وإذا أفاقت المجنونة بعد تزويجها لا خيار لها لأن التزويج لها كالحكم لها وعليها

(ومن حجر عليه) حسا (بسفه) بأن بذر في ماله أو حكما كمن بلغ سفيها ولم يحجر عليه وهو السفيه المهمل (لا يستقل بنكاح) لئلا يفنى ماله في مؤن النكاح فلا بد له من مراجعة الولي كما قال (بل ينكح بإذن وليه) لأنه مكلف صحيح العبارة وإنما حجر عليه حفظا لما له وقد زال المانع بالإذن

فإن قيل بيعه بالإذن غير صحيح فهلا كان نكاحه كذلك أجيب بأن المقصود من الحجر حفظ ماله دون نكاحه ولهذا لا يصح منه إزالة ملكه في الأموال بإذن ولا بغير إذنه بالهبة والعتق ويصح منه إزالة النكاح بالطلاق

أما من بذر بعد رشده ولم يتصل به حجر حاكم فتصرفه نافذ في الأصح ويسمى أيضا سفيها مهملا والمعتبر في المحجور عليه ظهور الأمارة لا قوله أنا محتاج

(أو يقبل له الولي) بإذنه كما سيأتي لأنه حر مكلف صحيح العبارة والإذن

ولا يزاد على واحدة لأنه إنما يزوج لحاجة النكاح وهي تندفع بواحدة فإن لم تعفه زيد ما يحصل به الإعفاف كما مر في المجنون

والمراد بالولي هنا الأب ثم الجدان بلغ سفيها والقاضي أو منصوبه إن بلغ رشيدا ثم طرأ السفه كما صححه في زيادة الروضة

وظاهر أن الوصي لا يلي التزويج وبه أفتى ابن الصلاح لكن صرح الرافعي في باب الوصايا بأنه يلي التزويج بعد الجد قبل الحاكم وحذفه من الروضة ثم وصحح من زيادته هنا أنه لا يزوجه

قال الصيدلاني وغيره وقد نص الشافعي رضي الله تعالى عنه على كل من المقالتين وليس باختلاف نص بل نصه على أنه يزوجه محمول على وصي فوض إليه التزويج

(فإن أذن) له الولي (وعين امرأة) بشخصها أو نوعها كتزويج فلانة أو من بني فلان (لم ينكح غيرها) لأن الإذن مقصور عليها فلا ينكح غيرها وإن ساوتها في المهر أو نقصت عنها

". (١)

---

(١) مغني المحتاج، ١٦٩/٣

"فيه وجهان أحدهما يطلق ثلاث مرات والثاني مرتين وما قاله ظاهر والأوجه من وجهيه الأول فيكتفي بثلاث مرات ولو من زوجة واحدة

وظاهر كلامهم أنه لا يسري ابتداء وينبغي كما في المهمات جواز الأمرين كما في الإعفاف ويتعين ما فيه المصلحة

(فإن قيل له) أي للسفيه (وليه) أي النكاح (اشترط إذنه) أي السفيه (في الأصح) لأنه حر مكلف فلا بد من إذنه

والثاني لا يشترط لأن النكاح من مصلحته وعلى الولي رعايتها فإذا عرف حاجته زوجه كما يكسوه ويطعمه

(و) إنما (يقبل) له الولي نكاح امرأة تليق به (بمهر المثل فأقل فإن زاد) عليه (صح النكاح بمهر المثل) وتسقط الزيادة لتبرعه بها

(وفي قول يبطل) كما لو اشترى له بأكثر من ثمن المثل

(ولو نكح السفيه) المحجور عليه (بلا إذن) من وليه أو الحاكم عند امتناع الولي لغير مصلحة (فباطل) كما لو عضله الولي وتعذرت مراجعة السلطان كما في البيع ونحوه ويفرق بينهما

ومحله كما قال ابن الرفعة إذا لم ينته إلى خوف العنت وإلا فيصح نكاحه وهو أولى من المرأة في المفازة لا تجد وليا (فإن) قلنا ببطلانه و (وطىء) فيه رشيدة (لم يلزمه شيء) أما الحد فبلا خلاف للشبهة وإن أتت بولد لحقه وأما المهر فعلى الصحيح وإن انفك عنه الحجر لأنها سلطته على بضعها فصار كما لو اشترى شيئا وأتلفه لا ضمان عليه ولا يضر جهلها بحالة لتمكينها نفسها مع تقدم إذنها لتفريطها بترك البحث عنه

وهذا في الظاهر أما في الباطن فلها عليه مهر المثل كما نص عليه في الأم

تنبيه محل عدم لزوم المهر إذا وطئها مختارة كما اقتضاه التعليق السابق فلو وطئها نائمة أو مكرهة فالأوجه كما قال شيخنا وجوبه وقد صرح به الماوردي في المكرهة

وخرج ب رشيدة التي قدرتها في كلامه المحجور عليها بسفه أو صبا أو جنون فلها عليه مهر المثل إذ لا أثر لتمكينها كما لو ابتاع شيئا من مثله وأتلفه كما قاله المصنف في فتاويه لا المحجور عليها بسفه ومثلها الصغيرة والمجنونة

فإن قيل لو قال سفيه لآخر اقطع يدي فقطعها لم يلزمه شيء فكان القياس أنه لا يجب له شيء كسائر الإتلافات البدنية ولهذا قال الأذرعي إني لم أر هذا التقييد لغير المصنف وأحسبه من تصرفه

أجيب بأن البضع محل تصرف الولي فكان إذنها في إتلافه غير معتبر بخلاف قطع اليد ونحوها

وقول الإسنوي ينبغي أن تكون المزوجة **بالإجبار** كالسفيهة فإنه لا تقصير من قبلها فإنها لم تأذن والتمكين واجب عليها ممنوع إذ لا يجب عليها التمكين حينئذ

(وقيل) يلزمه (مهر مثل) لئلا يخلو الوطء عن عقر أو عقوبة (وقيل أقل متمول) لأن به يندفع الخلو المذكور

(ومن حجر عليه بفلس يصح نكاحه) لصحة عبارته وذمته

وهذا وإن قدمه المصنف في كتاب الفلس لكنه قصد هنا بيان مؤنة فقال (ومؤن النكاح) المتجدد على الحجر من مهر ونفقة وغيرهما (في كسبه) بعد الحجر وبعد النكاح (لا فيما معه) لتعلق حق الغرماء بما في يده فإن لم يكن له كسب ففي ذمته إلى فك الحجر أما النكاح السابق على الحجر فمؤنة فيما معه إلا أن يستغني بالكسب

ولو اشترى أمة في ذمته بعد الحجر واستولدها فهي كالزوجة الحادثة بعد الحجر كما بحثه بعض المتأخرين (ونكاح عبد بلا إذن سيده) ولو امرأة أو كافرا (باطل) لا فرق في ذلك بين المبعض والمكاتب ومعلق العتق بصفة وغيرهم لعموم قوله صلى الله عليه وسلم أي مملوك تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر رواه الترمذي وحسنه والحاكم وصححه

قال في الأم ولا أعلم من أحد لقيته ولا حكي لي عنه من أهل العلم اختلافا في أنه لا يجوز نكاح العبد إلا بإذن مالكه اه

ولا ينافي قوله لا أعلم ما حكاه الرافعي عن أبي حنيفة من أن نكاحه موقوف على إجازة السيد وعن مالك أنه يصح وللسيد فسخه لأنه لم يبلغه ذلك

". (١)

ذلك"

---

(١) مغني المحتاج، ٣/١٧١

(وتحل الأخت) ونحوها كالعمة (و) الزائدة (الخامسة) أو غيرها (في عدة بائن) لأنها أجنبية منه (لا رجعية) لأنها في حكم الزوجة فلا تحل له حتى تنقضي عدتها وفي معناها المتخلفة عن الإسلام والمرتدة بعد الدخول بهما ما بقيت العدة

ولو ادعى أنها أخبرته بانقضاء عدتها وأنكرت وأمكن انقضاؤها فله نكاح أختها وأربع سواها لزعمه انقضاءها ولا يقبل في إسقاط نفقتها

ولو وطئها حد لما ذكر أو طلقها لم يقع لذلك

(وإذا طلق الحر ثلاثا) سواء أوقعهن معا أم لا معلقا كان ذلك أم لا قبل الدخول أم لا (أو العبد) أو المبعض (طلقتين) كذلك (لم تحل له حتى تنكح) زوجا غيره ولو عبدا أو مجنونا (وتغيب بقبلها) لا في غيره كدبرها كما لا يحصل به التحصين (حشفته) ولو كان عليها حائل كأن لف عليها خرقة فإنه يكفي تغييبها كما يكفي في تحصينها

(أو قدرها) من فاقدها

سواء أولج هو أم نزلت عليه في يقظة أو نوم أو أولج فيها وهي نائمة

ومعلوم أنه لا بد أن يطلقها وتنقضي عدتها كما صرح به في المحرر وأسقطه المصنف لوضوحه والتقييد بالقبل من زيادته

قال الإمام والمعتبر الحشفة التي كانت لهذا العضو لأنه تعالى علق الحل بالنكاح وهو إنما يتناول النكاح الصحيح بدليل ما لو حلف لا ينكح لا يحنث بما ذكر

(وكونه) المخصوص

(بشرط الانتشار) للآلة وإن ضعف الانتشار واستعان بأصبعه أو أصبعها ليحصل ذوق العسيلة الآتي في الخبر بخلاف ما لم ينتشر لشلل أو عنة أو غيرهما فالمعتبر الانتشار بالفعل لا بالقوة على الأصح كما أفهمه كلام الأكثرين وصرح به الشيخ أبو حامد وصاحبا المهذب والبيان وغيرهم حتى لو أدخل السليم ذكره بأصبعه بلا انتشار لم يحل كالطفل فما قيل إن الانتشار بالفعل لم يقل به أحد ممنوع كما قاله شيخنا

(و) لا بد أيضا من (صحة النكاح) فلا يحلل الوطء في النكاح الفاسد ولا ملك اليمين ولا وطء الشبهة لأنه تعالى علق الحل بالنكاح وهو إنما يتناول النكاح الصحيح بدليل ما لو حلف لا ينكح لا يحنث بما ذكر (وكونه) أي الزوج (ممن يمكن جماعه لا طفلا) لا يتأتى منه ذلك أو يتأتى منه وهو رقيق لأن نكاحه إنما يتأتى بالإجبار وقد مر أنه ممتنع

(على المذهب فيهن) وفي وجه قول قطع الجمهور بخلافه أنه يحصل التحليل بلا انتشار لشلل أو غيره لحصول صورة الوطء وأحكامه وأنكره بعضهم

ويكفي الوطء في النكاح الفاسد لأن اسم النكاح يتناوله وفي وجه نقل الإمام اتفاق الأصحاب على خلافه أن الطفل الذي لا يتأتى منه الجماع يحلل وإنما حرمت عليه إلى أن تتحلل تنفيرا من الطلاق الثلاث ولقوله تعالى ﴿ فإن طلقها ﴾ أي الثالثة ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ مع خبر الصحيحين عن عائشة رضي الله تعالى عنها جاءت امرأة رفاعة الفرظي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عند رفاعة فطلقني فبت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وإن ما معه مثل هدبة الثوب فقال أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك والمراد بها عند اللغويين اللذة الحاصلة بالوطء وعند الشافعي وجمهور الفقهاء الوطء نفسه سمي بذلك تشبيها له بالعسل بجامع اللذة

وقيس بالحر غيره بجامع استيفاء ما يملكه من الطلاق

تنبيه قوله لا طفلا قد يفهم أنه لا يشترط في الزوجة ذلك بل وطؤها محلل وإن كانت طفلة لا يمكن جماعها وبه صرح في أصل الروضة وجزم في الذخائر بالمنع كالطفل ونقله الأذرعي عن نص الشافعي وصوبه والمعنى يدفعه لأن القصد بذلك التنفير كما مر وهو حاصل بذلك بخلاف غيبوبة حشفة الطفل

ويكفي وطء محرم بنسك وخصي ولو كان صائما أو كانت حائضا أو صائمة أو مظاهرا منها أو معتدة من شبهة وقعت في نكاح المحلل أو محرمة بنسك لأنه وطء زوج في نكاح صحيح ولا يكفي جماع رجعية وإن راجعها ولا معتدة لردة منه أو منها وإن أسلم المرتد في العدة وتتصور العدة بلا وطء بأن استدخلت ماءه ثم طلقها أو استدخلته ثم ارتدت ثم وطئها فهذا الوطء لا يحل لوجوده في حال ضعف النكاح

ويشترط في تحليل البكر الافتضاض كما نقلاه وأقراه وحكي عن النص وإن أوله بعضهم

وتحل

." (١)

"فيئة اللسان طولب بالوطء

---

(١) مغني المحتاج، ١٨٢/٣

تنبيه محل الخلاف إذا امتنع امتناعا كليا فإن استمهل في الصوم إلى الليل أو كان يتحلل من إحرامه عن قرب أمهلناه كما ذكره الرافعي بعد ذلك

ولو قال في صورة الظهار أمهلوني حتى أكفر لم يمهل إن كان يكفر بالصوم لطول مدته وإن كان يكفر بالعتق أو الإطعام أمهل ثلاثة أيام كما قاله أبو إسحاق وقيل يمهل يوما ونصف يوم كما في التهذيب

(فإن عصى بوطء) في القبل وكذا في الدبر إذا لم يقيد إيلاءه به ولا بالقبل (سقطت المطالبة) لحصول مقصودها وانحلت اليمين

تنبيه فهم من تصريحه بالعصيان امتناع الزوجة من تمكينه وهو كذلك وحينئذ يؤمر بالطلاق ليس إلا كما صححه المصنف

(وإن أبى الفيئة والطلاق فالأظهر) الجديد (أن القاضي) إذا رفعته إليه (يطلق عليه طلقة) نيابة عنه لأنه لا سبيل إلى دوام إضرارها ولا إجباره على الفيئة لأنها لا تدخل تحت **الإجبار** والطلاق يقبل النيابة فناب الحاكم عنه عند الامتناع كما يزوج عن العاضل ويستوفي الحق من المماطل فيقول أوقعت على فلانة عن فلان طلقة كما حكي عن الإملاء أو حكمت عليه في زوجته بطلقة

فإن قال أنت طالق ولم يقل عن فلان لم يقع قاله الدارمي في الاستذكار ولم يتعرض له الشيخان

تنبيه أفهم قوله طلقة أنه لو زاد عليها لم تقع الزيادة وهو كذلك لأن ذلك هو الواجب عليه وإنما لم يقيدها بالرجعة ليشمل ما لو لم يمكنه ذلك كما لو كانت قبل الدخول أو مستكملة لعدد الطلاق

ولو آلى من إحداهما وأبى الفيئة والطلاق طلق القاضي مبهما ثم يبين الزوج أن عين ويعين إن أبهم

والثاني القديم لا يطلق عليه لأن الطلاق في الآية يضاف إليه بل يفرده بحبس أو غيره ليفيء أو يطلق لحديث الطلاق لمن أخذ بالساق ويشترط حضوره ليثبت إمتناعه كالعضل إلا أن يعذر ولا يشترط للطلاق عليه حضوره عنده

ولا ينفذ طلاق القاضي في مدة إمهاله الآتي بيانها ولا بعد وطئه أو طلاقه وإن طلقا معا وقع الطلاقان وإن طلق القاضي وقع مع الفيئة لم يقع الطلاق كما جرى عليه بعض المتأخرين لأنها المقصود

وإن طلق الزوج بعد طلاق القاضي وقع الطلاق إن كان طلاق القاضي رجعيا وصورة الدعوى أن يدعي عليه بالإيلاء وأن مدته قد انقضت من غير وطء ويطلب منه دفع الضرر بالفيئة أو الطلاق على ما مر

(و) الأظهر (إنه) إذا لم يكن عذر (لا يمهل) أياما (ثلاثة) ليفيء أو يطلق فيها لأنه زيادة على ما أمهله الله والحق إذا حل لا يؤجل ثانيا

والثاني يمهل ثلاثة أيام لقربها وقد ينشط فيها للوطء

تنبيه أفهم كلامه أنه لا يزاد على ثلاثة قطعا وهو كذلك وجواز إمهاله دون ثلاث

وليس على إطلاقه بل إذا استمهل لشغل أمهل بقدر ما يتهيأ لذلك الشغل فإن كان صائما أمهل حتى يفطر أو جائعا فحتى يشبع أو ثقيلا من الشبع فحتى يخف أو عليه النعاس فحتى يزول

قالا والاستعداد في مثل هذه الأحوال بقدر يوم فما دونه

ولو راجع المولى بعد تطليق القاضي وقد بقي مدة الإيلاء ضربت مدة أخرى

ولو بانت فتزوجها لم يعد الإيلاء فلا تطالب

(و) الأظهر وعبر في الروضة بالمذهب (أنه إذا وطىء) في مدة الإيلاء (بعد مطالبة) له بالفيئة (لزمه كفارة يمين) إن كانت يمينه بالله تعالى أو صفة من صفاته لحنثه

والثاني لا يلزمه لقوله تعالى ﴿ فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم ﴾ أي يغفر الحنث بأن لا يؤاخذ بكفارته لدفعه ضرر الزوجة

وأجاب الأول بأن المغفرة والرحمة إنما ينصرفان إلى ما يعصي به والفيئة الموجبة للكفارة مندوب إليها وإذا لزمته الكفارة بالوطء بعد المطالبة فبالوطء قبلها أولى أما إذا كان حلفه بغير الله تعالى وصفاته نظر إن حلف بالتزام ما يلزم فإن كان بقربة لزمه ما التزم

أو كفارة يمين كما سيأتي في باب النذر أو بتعليق طلاق أو عتق وقع بوجود الصفة

خاتمة لو اختلف الزوجان في الإيلاء أو في انقضاء مدته بأن ادعته عليه فأنكر صدق بيمينه لأن الأصل

". (١)

"العيال وخصه الرافعي وغيره بالزوجة ولو عبر بها كان أولى والظاهر كما قال الأذرعي أن خادمها وأم ولده في حكمها ولا يشترط كونه فاضلا عن دينه كما صرح الأصحاب في باب الفلس وإن أوهم كلام الرافعي أول قسم الصدقات خلافه

---

(١) مغني المحتاج، ٣٥١/٣

(ويباع فيها) أي نفقة القريب (ما يباع في الدين) من عقار وغيره لأن نفقة القريب مقدمة على وفاء الدين وإذا بيع ذلك في الدين ففي المقدم عليه أولى

ففي كيفية بيع العقار وجهان أحدهما يباع كل يوم جزء بقدر الحاجة والثاني يستقرض إلى أن يجتمع ما يسهل بيع العقار له

قال الأذرعي والثاني هو الصحيح أو الصواب اه

وقد رجح المصنف تصحيحه في نظيره من النفقة على العبد قال البلقيني فليرجح هنا

ولو لم يوجد من يشتري إلا الكل وتعذر الإقراض قال الزركشي يبيع الكل كما أشار إليه الرافعي في الصداق في الكلام على التشطير

(ويلزم كسوبا) إذا لم يكن له مال (كسبها في الأصح) إذا وجد مباحا يليق به لخبر كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت ولأن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال ولهذا يحرم عليه الزكاة وكما يلزمه إحياء نفسه بالكسب فكذا بعضه

والثاني لا كما لا يلزمه الكسب لقضاء دينه

وأجاب الأول بأن النفقة قدرها يسير والدين لا ينضبط قدره وإلا يكلف القريب أن يسأل الناس ولا أن يقبل الهبة والوصية فإن فعل وصار بذلك غنيا لزمه مؤنة قريبه

تنبيه محل وجوب الاكتساب لزوجة الأب إنما هو في نفقة المعسرين فلو قدر على اكتساب متوسط أو موسر لم يجبر على الزيادة كما هو قضية كلام الإمام والغزالي وإن اقتضى كلام الماوردي الإجبار

(ولا تجب) النفقة (لمالك كفايته) ولو زمنا أو صغيرا أو مجنونا لاستغنائه عنها (ولا لمكتسبها) بأن يقدر على كسب كفايته من كسب حلال يليق به لانتفاء حاجته إلى غيره وإن كان يكسب دون كفايته استحق القدر المعجوز عنه خاصة

تنبيه لو قدرت الأم أو البنت على النكاح لا تسقط نفقتها كما جزم به ابن الرفعة فإن قيل هلا كان ذلك كالقدرة على الكسب أجيب بأن حبس النكاح لا نهاية له بخلاف سائر أنواع الاكتساب فلو تزوجت سقطت نفقتها بالعقد ولو كان الزوج معسرا إلى أن يفسخ لئلا تجتمع بين نفقتين

(وتجب لفقير غير مكتسب إن كان زمنا) وألحق به البغوي العاجز بمرض أو عمى وجزم به الرافعي في الشرح الصغير (أو) كان (صغيرا أو مجنونا) لعجزه عن كفاية نفسه

والولي حمل الصغير على الاكتساب إذا قدر عليه وينفق عليه من كسبه فلو هرب أو ترك الاكتساب في بعض الأيام وجبت نفقته على وليه ولو كان قادرا على كسب حرام كالكسب بآلة الملاهي فهو كالعدم وكذا الكسب الذي لا يليق به

(وإلا) بأن قدر على الكسب ولم يكتسب ولم يكن كما ذكره (فأقوال أحسنها تجب) مطلقا للأصل والفرع لأنه يقبح للإنسان أن يكلف قريبه الكسب مع اتساع ماله

والثاني المنع مطلقا لاستغنائه بكسبه عن غيره (والثالث) تجب (لأصل لا فرع) ذكر أو أنثى لتأكيد حرمة الأصل

(قلت الثالث أظهر) لما ذكر (والله أعلم) وهذا هو الأصح في أصل الروضة واقتضاه إيراد الشرحين وإن نازع في ذلك الأذرعي لأن الفرع مأمور بمعاشرة أصله بالمعروف وليس منها تكليفه الكسب مع كبر السن

وكما يجب الإعفاف ويمتنع القصاص

(وهي) أي نفقة القريب (الكفاية) لقوله صلى الله عليه وسلم خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ولأنها تجب على سبيل المواساة لدفع الحاجة الناجزة

ويعتبر حاله في سنه وزهادته ورغبته ويجب اشباعه كما صرح به ابن يونس وقول الغزالي لا يجب إشباعه محمول على المبالغة في الشبع

ويجب له الأدم كما يجب له القوت ويجب له مؤنة خادم إن احتاجه مع كسوة وسكنى لائقين به وأجرة طبيب وثمن أدوية

تنبيه لو سلمت النفقة إلى القريب فتلفت في يده وجب إبدالها وكذا لو أتلفها بنفسه

فإن قيل في إبدالها

." (١)

"تقبل شهادته لاستفيد منه اشتراط السمع والبصر والنطق والضبط إذ لا بد فيه من ذلك

(يعلم المساحة) بكسر الميم من مسح الأرض ذرعها

وعلم المساحة يغني عن قوله (والحساب) لاستدعائها له من غير عكس

---

(١) مغني المحتاج، ٤٤٨/٣

وإنما شرط علمهما لأنهما آلة القسمة كما أن الفقه آلة القضاء واعتبر الماوردي وغيره مع ذلك أن يكون عفيفا عن الطمع واقتضاه كلام الأم

وهل يشترط فيه معرفة التقويم أو لا وجهان أوجههما الثاني كما جرى عليه ابن المقري وقال الإسنوي جزم باستحبابه القاضيان البندنيجي و أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم وحينئذ فإن لم يكن عارفا رجع إلى إخبار عدلين عند الحاجة إلى ذلك

واعتمد البلقيني الأول في قسمتي التعديل والرد دون قسمة الأجزاء

تنبيه أفهم قول المصنف منصوبه أنه لا يشترط ذلك في منصوب الشركاء وهو كذلك لأنه وكيل عنهم كما مر لكن يشترط فيه التكليف إلا أن يكون فيهم محجور عليه فتعتبر فيه العدالة أيضا ومحكمهم كمنصوب الإمام

(فإن كان فيها) أي القسمة (تقويم) هو مصدر قوم السلعة قدر قيمتها (وجب قاسمان) لاشتراط العدد في المقوم لأن التقويم شهادة بالقيمة

(وإلا) بأن لم يكن فيها تقويم (فقاسم) واحد في الأظهر

(وفي قول) من طريق (اثنان) كالمقومين

ومأخذ الوجهين أنه حاكم أو شاهد والراجح الأول لأن قسمته تلزم بنفس قوله ولأنه يستوفي الحقوق لأهلها

ورجح البلقيني الثاني وقال لم نجد نصا صريحا يخالفه

تنبيه محل الخلاف في منصوب الإمام فلو فوض الشركاء القسمة إلى واحد غيرهم بالتراضي جاز قطعا كما في أصل الروضة وظاهر كلام المصنف أنه يكفي واحد وإن كان فيها خرص وهو الأصح وإن قال الإمام القياس أنه لا بد من اثنين كالتقويم لأن الخارص يجتهد ويعمل باجتهاده فكان كالحاكم والمقوم يخبر بقيمة الشيء فهو كالشاهد

ولا يحتاج القاسم إلى لفظ الشهادة وإن وجب تعدده لأنها تستند إلى عمل محسوس

(وللإمام جعل القاسم حاكما في التقويم) بأن يفوض له سماع البينة فيه وأن يحكم به (فيعمل فيه بعدلين) أي بقولهما (ويقسم) بنفسه

وللقاضي الحكم في التقويم بعلمه كما هو الأصح في أصل الروضة وإن اقتضى كلام المصنف خلافه

(ويجعل الإمام رزق منصوبه) إن لم يتبرع (من بيت المال) وجوبا إذا كان فيه سعة كما هو مقتضى كلام الرافعي ويكون من سهم المصالح لأنه من المصالح العامة وحكى الماوردي عن علي رضي الله عنه فعل ذلك ولا يزاد على أجرة مثله كما صرح به الدارمي

(فإن لم يكن) في بيت المال شيء أو كان مصرف أهم من ذلك أو لم يف (فأجرته على الشركاء) إن طلب القسمة جميعهم أو بعضهم لأن العمل لهم وقيل هي على الطالب وحده وليس للإمام حينئذ نصب قاسم معين بل يدع الناس يستأجرون من شاءوا لئلا يغالي المعين في الأجرة أو يواطئه بعضهم فيحيف كذا في أصل الروضة فيحتمل أنه حرام كما قاله القاضي حسين وأنه مكروه كما قاله الفوراني والأول أوجه

(فإن استأجروه وسمى كل) منهم (قدرا لزمه) سواء تساووا فيه أم تفاضلوا وسواء كان مساويا بالأجرة مثل حصته أم لا وليستأجروا بعقد واحد كأن يقولوا استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان ودينارين على فلان أو يوكلوا من يعقد لهم كذلك

فلو انفرد كل منهم بعقد لإفراز نصيبه وترتبوا كما قالاه أو لم يترتبوا كما بحثه شيخنا صح إن رضي الباقون بل يصح أن يعقد أحدهم ويكون حينئذ أصيلا ووكيلا ولا حاجة حينئذ إلى عقد الباقين

فإن لم يرضوا لم يصح كما قاله ابن المقري وصاحب الأنوار وهو الظاهر لأن ذلك يقتضي التصرف في ملك غيره بغير إذنه

نعم لهم ذلك في قسمة **الإجبار** بأمر الحاكم وقيل يصح وإن لم يرض الباقون لأن كلا عقد لنفسه قال في الكفاية وبه جزم الماوردي وغيره وعليه نص الشافعي

(وإلا) بأن سموا أجرة مطلقة في إجارة صحيحة أو فاسدة (فالأجرة موزعة على) قدر (الحصص) المأخوذة لأنها من مؤن الملك كنفقة المشترك

(وفي قول) من طريق

". (١)

"حاكيه لقولين الأجرة موزعة (على) عدد (الرؤوس) لأن العمل في النصيب القليل كالعمل في الكثير

---

(١) مغني المحتاج، ٤١٩/٤

وهذه طريقة ذكرها المراوزة وطريقة العراقيين الجزم بالأول قال ابن الرفعة وهي أصح باتفاق الأصحاب وصححها في أصل الروضة إذ قد يكون له سهم من ألف سهم فلو ألزم نصف الأجرة لربما استوعب قيمة نصيبه وهذا مدفوع بالمنقول

واحترزنا بالمأخوذة عن الحصص الأصلية في قسمة التعديل فإن الأجرة ليست على قدرها بل على قدر المأخوذ قلة وكثرة لأن العمل في الكثير أكثر منه في القليل

هذا إن كانت الإجارة صحيحة وإلا فالموزع أجرة المثل

تنبيه تجب الأجرة في مال الصبي وإن لم يكن له في القسمة غبطة لأن الإجابة إليها واجبة والأجرة من المؤن التابعة لها

وعلى الولي طلب القسمة له حيث كان له فيها غبطة وإلا فلا يطلبها وإن طلبها الشريك أجيب وإن لم يكن للصبي فيها غبطة وكالصبي المجنون والمحجور عليه بسفه

ولو دعا الشركاء القاسم ولم يسموا له أجرة لم يستحق شيئا كما لو دفع شخص ثوبه لقصار ولم يسم له أجرة أو الحاكم فله أجرة المثل

ولو استأجر جماعة كاتبا لكتابة صك كانت الأجرة على قدر حصصهم كما جزم به الرافعي آخر الشفعة

(ثم ما) أي المشترك الذي (عظم الضرر في قسمته كجوهرة وثوب نفيسين وزوجي) أي فردي (خف) ومصراعي باب (إن طلب الشركاء كلهم قسمته لم يجبهم القاضي) إليها جزما ويمنعهم منها إن بطلت منفعته بالكلية لأنه سفه

ونازع البلقيني في زوجي خف وقال لم أجد للرافعي شاهدا من نص الشافعي ولا سلفا في ذلك في الطريقين فإنه قد ينتفع بفردة الخف كأن يكون أقطع الرجل وبسط الكلام في ذلك

والأصحاب لا ينظرون إلى هذه الأشياء النادرة

(ولا يمنعهم إن قسموا بأنفسهم إن لم تبطل منفعته) أي المقسوم بالكلية (كسيف يكسر) لإمكان الانتفاع مما صار إليه منه على حاله أو باتخاذه سكينا ونحو ذلك

ولا يجيبهم إلى ذلك على الأصح لما فيه من إضاعة المال

فإن قيل هذا مشكل لأنه إن لم يكن حراما لم يمتنع على القاضي ذلك وإن كان حراما فليس له التمكين منه

أجيب بأن إتلاف المال ممنوع منه ثم جوز لأحد الشريكين رخصة لسوء المشاركة

فإن قيل أيضا هذا مخالف لما ذكروه في البيع من أنه لا يصح بيع نصف معين من إناء وسيف ونحوهما وعللوه بأنه غير مقدور على تسليمه شرعا

أجيب بأن شرط بيع المعين أن لا يحصل هناك نقص بسبب تسليمه وهو لو باعه نصفا شائعا من ذلك جاز ثم لهم القسمة بعد ذلك لما مر فلا منافاة بين البابين

(وما يبطل) بقسمته (نفعه المقصود) منه (كحمام وطاحونة صغيرين) طلب بعض الشركاء قسمة ما ذكر وامتنع بعضهم (لإيجاب طالب قسمته) جبرا (في الأصح) لما فيه من الضرر على الآخر وفي الحديث لا ضرر ولا ضرار في الإسلام رواه مالك وغيره

والثاني يجاب لأجل ضرر الشركة

تنبيه في لفظ صغيرين تغليب الأول المذكر فإن لفظ الحمام مذكر على الثاني المؤنث فإن الطاحونة وهي الرحى كما في الصحاح مؤنثة

(فإن أمكن جعله) أي ما ذكر (حمامين) أو طاحونتين (أجيب) طالب قسمة ذلك وأجبر الممتنع وإن احتيج إلى إحداث بئر أو مستوقد وتيسر لانتفاء الضرر مع تيسر تدارك ما احتيج إليه من ذلك بأمر قريب

قال الأذرعي وإنما تيسر ذلك إذا كان ما يلي ذلك مملوكا له أو مواتا فلو كان ما يليه وقفا أو شارعا أو ملكا لمن لا يسمح ببيع شيء منه فلا وحينئذ يجزم بنفي **الإجبار**

ويعلم من هذا أن المراد بقوله المقصود أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبلها ولو بإحداث مرافق

فإن قيل لو باع دارا لا ممر لها مع إمكان تحصيله ببيع أو إجارة لم يصح على الصحيح فهلا كانت القسمة كذلك أجيب بأن شرط المبيع أن يكون منتفعا به في الحال ولم

". (١)

"بيع في القدر المقابل بالمردود وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل

---

(١) مغني المحتاج، ٤/٤٢٠

(وكذا التعديل) بيع أيضا (على المذهب) لأن كل جزء مشترك بينهما وإنما دخلها **الإجبار** للحاجة كبيع الحاكم مال المديون جبرا

والطريق الثاني طرد القولين في قسمة الأجزاء

(وقسمة الأجزاء إفراز) تبين إن ما خرج لكل من الشريكين مثلا هو الذي كان ملكه لا بيع (في الأظهر) لأنها لو كانت بيعا لما دخلها **الإجبار** ولما جاز الاعتماد فيها على القرعة

والثاني أنها بيع وصححه جمع من الأصحاب والروضة كأصلها في بابي الربا وزكاة المعشرات لأن ما من جزء من المال إلا وكان مشتركا بينهما فإذا اقتسما باع كل منهما ما كان له في حصة صاحبه بماله في حصته

تنبيه حيث قلنا القسمة ببيع ثبت فيها أحكامه من الخيارين والشفعة وغيرهما إلا أنه لا يفتقر إلى لفظ بيع أو تملك ويقوم الرضا مقامهما فيشترط في الربوي التقابض في المجلس وامتنعت في الرطب والعنب وما عقدت النار أجزاءه ونحو ذلك كما علم من باب الربا وإن قلنا إفراز جاز ذلك

ويقسم الرطب والعنب في الإفراز ولو كانت قسمتهما على الشجر خرصا لا غيرهما من سائر الثمار فلا يقسم على الشجر لأن الخرص لا يدخله وتقسم الأرض مزروعة وحدها ولو إجبارا سواء كان الزرع بعلا أم قصيلا أم حبا مشتدا لأنه في الأرض بمنزلة القماش في الدار بخلاف البناء والشجر لأن للزرع أمدا بخلافهما أو مع الزرع قصيلا بتراضي الشركاء لأن الزرع حينئذ معلوم مشاهد لا الزرع وحده ولا معها وهو بذر بعد أو بعد بدو صلاحه فلا يقسم وإن جعلناها إفرازا كما لو جعلناها بيعا لأنها في الأولى قسمة مجهول وفي الأخيرين على الأول قسمة مجهول ومعلوم وعلى الثاني بيع طعام وأرض بطعام وأرض

وتصح الإقالة في قسمة هي بيع لا إفراز وتصح القسمة في مملوك عن وقف إن قلنا هي إفراز لا إن قلنا هي بيع مطلقا أو إفراز وفيها رد من المالك لا تصح

أما في الأول فلامتناع بيع الوقف وأما في الثاني فلأن المالك يأخذ بإزاء ملكه جزءا من الوقف

فإن لم يكن فيها رد أو كان فيها رد من أرباب الوقف صحت ولغت على القولين قسمة وقف فقط بأن قسم بين أربابه لما فيه من تغيير شرط الواقف

قال البلقيني هذا إذا صدر الوقف من واحد على سبيل واحد فإن صدر من اثنين فقد جزم الماوردي بجواز القسمة كما تجوز قسمة الوقف مع الملك وذلك راجح من جهة المعنى وأفتيت به

قال شيخنا وكلامه متدافع فيما إذا صدر من واحد على سبيلين أو عكسه

والأقرب في الأول بمقتضى ما قاله الجواز وفي الثاني عدمه

(ويشترط في) قسمة (الرد الرضا) في ابتداء القرعة جزما و (بعد خروج القرعة) على الصحيح في الروضة لأنها بيع والبيع لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى التراضي بعد خروجها كقبله

وقيل يلزم بخروج القرعة ويلزم من خرج له الأكثر بدل ما يقابل الزائد كالقسمة المجبر عليها

وأجاب الأول بأن هذه القسمة اعتبر التراضي في ابتدائها بخلاف **الإجبار**

(ولو تراضيا) أي الشريكان فأكثر (بقسمة ما لا إجبار فيه اشترط الرضا بعد) خروج (القرعة في الأصح) وصيغة الرضا (رضينا بهذه القسمة) أو بهذا (أو بما أخرجته القرعة) لأن الرضا أمر خفي فوجب أن يناط بأمر ظاهر يدل عليه

وأفهم كلامه الاكتفاء بذلك وأنه لا يشترط الإتيان بلفظ البيع أو التمليك وهو الأصح

تنبيه قال الشيخ برهان الدين الفزاري وتبعه في المهمات في كلام المصنف خلل من أوجه أحدها أن ما لا إجبار فيه هو قسمة الرد فقط

وقد ذكرها قبلها بلا فاصلة وجزم باشتراط الرضا فلزم التكرار مع جزمه أولا وحكاية الخلاف ثانيا

ثانيها أنه عبر بالأصح فاقتضى قوة الخلاف وفي الروضة عبر بالصحيح فاقتضى ضعف مقابله

ثالثها أنه عكس ما في المحرر فإنه لم يذكر فيه هذا الخلاف إلا في قسمة **الإجبار** فقال والقسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي هل يعتبر تكرار الرضا بعد خروج القرعة فيها وجهان رجح منهما التكرار اه

وقال في التوشيح الذي يظهر أنه

". (١)

"أراد في المنهاج أن يكتب ما فيه إجبار فكتب ما لا إجبار فيه وأنا أرجو أن تكون عبارته ما **الإجبار** فيه بالألف واللام في **الإجبار** ثم سقطت الألف فقرئت ما لا إجبار فيه وبهذا يزول التكرار والتناقض والتعاكس اه

---

(١) مغني المحتاج، ٤/٤٢٤

وقال الشارح اعترض قوله لا إجبار فيه بأن صوابه عكسه كما في المحرر القسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي الخ ويجاب بأن المراد ما انتفى فيه الإجبار مما هو محله الذي هو قسمة التعديل والأجزاء وهو أصرح في المراد مما في المحرر اه

فقول الشارح وهو أي المراد لا عبارة المصنف وكونه أصرح لأنه مصرح فيه بالرضا وعدم الإجبار بخلاف عبارة المحرر وإن كان عدم الإجبار لازما لها لأن الصريح أصرح من اللازم

(ولو ثبت ببينة) أو بإقرار الخصم وباليمين المردودة أو الشاهد ويمين (غلط) ولو غير فاحش (أو) ثبت (حيف في قسمة إجبار نقضت) تلك القسمة كما لو قامت ببينة على ظلم القاضي أو كذب الشهود

تنبيه لو عبر بدل البينة بالحجة لكان أعم ليشمل ما ذكر

(فإن لم تكن بينة) ولا ثبت ذلك بغيرها مما مر (وادعاه) أي الغلط أو الحيف (واحد) من الشريكين فأكثر وبين قدر ما ادعاه (فله تحليف شريكه) لأن من ادعى على خصمه ما لو أقر به لنفعه فأنكر كان له تحليفه فإن حلف مضت على الصحة وإن نكل وحلف المدعي نقضت القسمة كما لو أقر سماع الدعوى على القاسم بذلك ولا يحلف كما لا يحلف الحاكم أنه لم يظلم فإن اعترف به القاسم وصدقوه نقضت القسمة فإن لم يصدقوه لم تنقض

ورد الأجرة كالقاضي يعترف بالغلط أو الحيف في الحكم أن صدقه المحكوم له رد المال المحكوم به إلى المحكوم عليه وإلا فلا وغرم القاضي للمحكوم عليه بدل ما حكم به

وقول القاسم في قسمة الإجبار حال ولايته قسمت كقول القاضي وهو في محل ولايته حكمت فيقبل وإلا لم يقبل بل لا تسمع شهادته لأحد الشريكين وإن لم يطلب أجرة إذا ذكر فعله

(ولو ادعاه) أي الغلط أو الحيف (في قسمة تراض) بأن نصبا قاسما أو اقتسما بأنفسهما ورضيا بعد القسمة (وقلنا هي) أي قسمة التراضي (بيع فالأصح أنه لا أثر للغلط) وعلى هذا (فلا فائدة لهذه الدعوى) وإن تحقق الغبن لأنه رضي بترك الزيادة له فصار كما لو اشترى شيئا بغبن

والثاني لها أثر فتنقض لأنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل فبان خلافه

تنبيه يستثنى من إطلاقه ما لو كان المقسوم ربويا وتحقق الغلط أو الحيف في كيل أو وزن فإن القسمة باطلة لا محالة للربا نبه عليه الأذرعي وغيره

(قلت) كما قال الرافعي في الشرح (وإن قلنا) إن قسمة التراضي (إفراز نقطت) تلك القسمة بإدعاء الغلط فيها (إن ثبت) الغلط ببينة (وإلا فيحلف شريكه والله أعلم) وهذا الحكم يؤخذ من اقتصار المحرر على التفريع على الأصح فصرح به المصنف إيضاحا

(ولو استحق بعض المقسوم شائعا) كالربع (بطلت) تلك القسمة (فيه) أي البعض المستحق (وفي الباقي) بعده (خلاف تفريق الصفقة) كما في الروضة ومقتضاه أن الأظهر الصحة وثبت الخيار

والثاني البطلان قال في المهمات وهذا ما صححه الأكثرون وهو المفتى به في المذهب وبسط ذلك

ومع هذا فالمعتمد ما اقتضاه كلام المصنف

(أو) لم يستحق بعض المقسوم شائعا (من النصيبين) قدر (معين) حالة كونه (سواء بقيت) تلك القسمة في الباقي (وإلا) بأن كان المعين من أحد النصيبين أكثر من المعين من نصيب الآخر (بطلت) تلك القسمة لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون قدر حقه بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإشاعة

." (١)

"علقت بمملوك فأشبهت الأمة المنكوحة

والثاني تصير لأن ولدها ثبت له حق الحرية بكتابته على أبيه وامتناع بيعه فثبت لها حرمة الاستيلاء

وهذا كله إذا ولدته في الكتابة (و) أما (إن ولدته بعد العتق) فينظر إن ولدته (لفوق ستة أشهر) من الوطء كما في المحرر أو لستة أشهر كما في الروضة وتقدم في باب العدد أن التعبير بما فوق الستة جرى على الغالب فكل من العبارتين صحيح

(وكان يطؤها) ووقع الوطء مع العتق أو بعده في صورة الأكثر وولدته لستة أشهر فصاعدا من الوطء (فهو حر وهي أم ولد) لظهور العلوق في الرق بعد الحرية

ولا نظر إلى احتمال العلوق في الرق تغليبا للحرية

فإن لم يطأها مع العتق ولا بعده أو ولدته لدون ستة من الوطء لم تصر أم ولد

---

(١) مغني المحتاج، ٤/٤٢٥

(ولو عجل) المكاتب (النجوم) قبل محلها (لم يجبر السيد على القبول) لما عجل (إن كان له في الامتناع) من قبضها (غرض) صحيح (كمؤنة حفظه) أي مال النجوم إلى محله كالطعام الكثير

تنبيه لو أطلق المؤنة كان أخصر وأشمل لدخول مؤنة العلف وقد ذكرها في المحرر

(أو خوف عليه) بسبب ظاهر يتوقع زواله بأن كان زمن نهب أو إغارة لما في **الإجبار** من الضرر والحالة هذه

ولو أنشأ الكتابة في زمن نهب أو إغارة وعجل فيه أيضا لأن ذلك قد يزول عند المحل

قال الروياني فإن كان هذا الخوف معهودا لا يرجى زواله لزمه القبول وجها واحدا وبه جزم الماوردي

تنبيه تعبيره بالنجوم ليس بقيد

فلو أحضر النجم الأول أو غيره كان الحكم كذلك لما فيه من تمهيد بسبب العتق ومن الأغراض ما إذا كان طعاما يريد أن يأخذه عند المحل رطبا

قال البلقيني من الأغراض أن الدين في ذمة المكاتب لا زكاة فيه فإذا جاء به قبل المحل كان للملك غرض في أن لا يأخذه لئلا تتعلق به الزكاة

قال ولم يذكره الأصحاب والظاهر اعتباره اه

وهو ظاهر

(وإلا) بأن يكون للسيد غرض صحيح في الامتناع من قبض النجوم (فيجبر) على قبضه لأن للمكاتب غرضا ظاهرا وهو تنجيز العتق أو تقريبه ولا ضرر على السيد في القبول

تنبيه أطلق المصنف **الإجبار** وظاهره أنه يجبر على القبض ولكن تقدم فيما إذا أتى المكاتب بمال فقال السيد هذا حرام ولا بينة أنه إذا حلف المكاتب أنه حلال أجبر السيد على أخذه أو الإبراء منه فإن أبى قبضه القاضي

ولم يذكروا هنا الإبراء فيحتمل أن يلحق به ويحتمل أن يفرق بحلول الحق هناك بخلافه هنا والأول أوجه وجرى عليه البلقيني

(فإن أبى) قبوله والإبراء منه على ما مر أو كان غائبا (قبضه القاضي) عنه وعتق المكاتب إن أدى الكل لأنه نائب الممتنعين والغائبين

وليس للقاضي قبض دين للغائب لأنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين عنه

والنظر للغائب أن يبقى المال في ذمة المليء فإنه خير من أن يصير أمانة عند الحاكم

(ولو عجل) المكاتب (بعضها) أي النجوم (ليبرئه) السيد (من الباقي) منها (فأبرأ) مع الأخذ (لم يصح الدفع ولا الإبراء) لفساد الشرط وسواء أكان الالتماس من العبد أو من السيد لأن ذلك يشبه ربا الجاهلية المجمع على تحريمه فقد كان الرجل إذا حل دينه يقول لمدينه اقض أو زد فإن قضاه وإلا زاده في الدين وفي الأجل وعلى السيد رد المأخوذ ولا عتق لعدم صحة القبض والبراءة

تنبيه ما ذكره المصنف لا يختص بدين الكتابة بل سائر الديون كذلك لما مر

(ولا يصح بيع النجوم) لأنها غير مستقرة ولأن المسلم فيه لا يصح بيعه مع لزومه من الطرفين لتطرق السقوط إليه فالنجوم بذلك أولى

وهذا يسقط ما قيل إن المصنف صحح في الروضة في باب المبيع قبل قبضه أن بيع الدين لغير من هو عليه صحيح ومقتضاه

". (١)

"ولو جهلت الحكم .قال خليل : ورضا البكر صمت لأن شأن الأبكار الحياء ، وأقوى في الدلالة على الرضا صنعها الطعام حين يقال لها : الليلة يحضر فلان لنعقد له عليك ، فتفرش المحل وتصنع الطعام أو الشربات كما يفعله أهل الأمصار ، ومحل وجوب الاستئذان على الوصي إذا لم يكن وصي الأب الذي أمره بالإجبار أو عين له الزوج ، وأما هذا فلا يجب عليه الاستئذان لأنه له جبرها .قال خليل : وجبر وصي أمره أب به أو عين له الزوج وإلا فخلاف ، وسيأتي النص على هذا في كلام المصنف بقوله : ولا يزوج الصغيرة إلا أن يأمره الأب بإنكاحها .(تنبيهان) الأول : يستثنى من قوله : حتى تبلغ اليتيمة وهي التي مات أبوها فإنه يجوز نكاحها قبل بلوغها إذا خيف عليها الفساد ، أو كانت فقيرة لا مال لها ولا منفق .قال خليل بعد النص على المجبرين : ثم لا جبر فالبالغ إلا يتيمة خيف فسادها وبلغت عشرا وشوور القاضي ، والمراد أن يثبت عند القاضي موجبات التزويج ، وتأذن للولي بالقول ، وأن يكون الزوج كفؤا لها من جهة الدين والنسب والحرية والحال والمال ، وكون الصداق صداق مثلها ، وترضى بالزوج ، فإن زوجت مع فقد تلك الشروط أو بعضها فسخ نكاحها إلا أن يدخل بها الزوج مع الطول الذي يمكن أن تلد فيه

---

(١) مغني المحتاج، ٥٢٦/٤

الأولاد ، ومثل اليتيمة مجهولة الأب لغربتها بالجلاء فيزوجها السلطان أو نائبه بشروط اليتيمة المتقدمة ، وأما لو خيف على اليتيمة الضياع بعدم النفقة فقال ابن حارث : لا خلاف أنها تزوج ، وينبغي أن." (١)

"ثم شرع في الكلام على نائب الأب وهو الوصي بقوله : (و) يجوز (للوصي) الذكر (أن يزوج الطفل) الذكر (الذي في ولايته) إذا طلب الطفل ذلك وكان في تزويجه مصلحة ولا يجبره ، إلا أن يكون الأب أمره **بالإجبار** أو عين له الزوج ، والحاصل أنه إنما يجبره الوصي إذا كان له جبر الأنثى وذلك إذا أمره **بالإجبار** أو عين له الزوج .قال خليل : وجبر وصي أمره أب به أو عين له الزوج وإلا فخلاف ، ولا بد من المصلحة كتزويجه من موسرة أو شريفة أو ابنة عم ، ومثل الوصي في اعتبار المصلحة الأب أيضا والحاكم .قال خليل : وجبر أب ووصي وحاكم مجنونا احتاج وصغيرا ، وفي السفيه خلاف ، والمراد بحاجة المجنون حاجته إلى النكاح لإقباله على الفساد ، وكذا للخدمة عند ابن فرحون ، ولعل المراد الخدمة التي لا تكون إلا من نحو الزوجة ، وهذا في المجنون الذي لا يفيق أصلا ، وأما متقطع الجنون فتنتظر إفاقته كما تقدم في جبر المجنونة ، ومعلوم أن الأب إنما يجبر المجنون الذي بلغ مجنونا لأن ولايته باقية ، وأما من بلغ عاقلا رشيدا ثم طرأ جنونه فلا ولاية عليه وإنما ولايته للحاكم والذكر والأنثى في ذلك سواء ، راجع الأجهوري في شرح خليل .(تنبيهان) الأول : لم يتكلم المصنف على من يدفع الصداق عن الطفل ومن ذكر معه ، ونص عليه خليل بقوله : وصداقهم إن أعدموا على الأب وإن مات أو أيسروا بعد ولو شرط ضده وإلا فعليهم إلا لشرط ، والضمير للمجنون والسفيه على أحد القولين ، وأما لو كان." (٢)

"المزوج لهم الوصي أو الحاكم فصداقهم في أموالهم أو على من تحمل عنهم به ، لأنه لا يلزمه الوصي ولا الحاكم إلا أن يشترط عليهما .الثاني : قيدنا الوصي بالذكر ، وأما الأنثى إذا كانت وصية فإن كانت وصية على ذكر فلها مباشرة عقد نكاحه ، وأما لو كانت وصية على أنثى لوجب عليها التوكل في مباشرة عقدها لوجوب ذكورة وليها .قال خليل : ووكلت مالكة ووصية ومعتقة وإن أجنبيا كعبد أو وصي ، ولها اختيار الزوج وتقرير الصداق .ثم صرح بحكم الطفلة بقوله : (ولا يزوج) الوصي مطلقا (الصغيرة) التي في ولايته (إلا أن يأمره الأب بإنكاحها) أو يعين له الزوج والفرق بين الطفل يجوز للولي تزويجه إذا طلب وكان في نكاحه مصلحة دون الطفلة ، أن الطفل إذا بلغ وكره النكاح له الفسخ عن نفسه ، بخلاف الأنثى لا قدرة لها على ذلك لأن العصمة ملك للزوج ، والحاصل أن الوصي إن أمره الأب **بالإجبار** أو عين له

---

(١) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ٥/٥٥

(٢) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ٥/٧٠

الزوج كان له جبر الذكر والأنثى ، وأما إن لم يأمره **بالإجبار** ولا عين الزوج فلا يجوز له نكاح الأنثى حتى تبلغ وتأذن بالقول ، وأما الذكر فيجوز للوصي ولو أنثى أن يزوجه إذا طلب وكان في نكاحه مصلحة ولا يجوز جبره ، ومفهوم قول المصنف الذي في ولايته أن الوصي على الضيعة أو على التركة أو على تفرقة الثلث ليس كالوصي على ذات الصغير أو الصغيرة وهو كذلك فليس له تزويج الأطفال .وفي الأجهوري : أن الوصي على بيع التركة أو على قبض الديون لا يجبران ، ولكنه." (١)

"ولما كانت العطية تلزم بمجرد القول والوصية لا تلزم نبه على ذلك بقوله : (وللرجل) المراد الموصي مطلقا (الرجوع عن وصيته من عتق وغيره) مما ليس بواجب عليه ، ولا فرق بين الحاصلة في الصحة أو المرض في انحلال عقدها فهي بمنزلة الوعد ، والوعد لا يلزم الوفاء به وإنما يستحب فقط ، وصفة الرجوع أن يقول : رجعت عن وصيتي أو نسختها .قال خليل عاطفا على ما تبطل به وبرجوع فيها وإن يمرض بقول أو بيع أو عتق أو كتابة وبإيلاد وحصد زرع ونسج غزل وصوغ فضة وحشو قطن وذبح شاة وتفصيل شقة ، وظاهر كلام المصنف كخليل أن للموصي الرجوع عن وصيته ولو شرط لنفسه عدم الرجوع فيها وبه العمل ، وصحح بعض العلماء بالشرط ، وليس من الوصية ما تبله المريض في مرضه من صدقة أو هبة أو حبس فإنه لازم لا رجوع له فيه ، وقولنا : مما ليس بواجب عليه للاحتراز عن الإيصاء بإخراج ما عليه من الزكوات والديون التي لا شاهد عليها ، وإنما علمت باعترافه وإيصائه بإخراجها ، فلا يجوز له الرجوع فيها لاعترافه بوجوبها عليه .(تتمة) تكلم المصنف على نوع من الوصية وهو ما أوجب حقا في ثلث العاقد ، وسكت عن النوع الثاني وهو ما أوجب النيابة عن الموصي بعد موته كإيصائه على أولاده وصيغتها : إن قصرت عمت كاشهدوا على أن فلانا وصي ولم يزد على ذلك ، فإنه يكون وصيا عاما في جميع الأشياء ، ويزوج صغار بنيه لمصلحة والبنات إذا بلغن ، وأذن بالقول : إلا أن يأمر الموصي **بالإجبار** أو يعين." (٢)

"تفرقة الثلث أو القيام بأمر اليتيم .والرابع الصيغة وهي كل ما يدل عليها من لفظ أو إشارة ، لكن إن قصرت عمت وإن طالب خصت .قال خليل : ووصي فقط يعم جميع الأشياء ويزوج صغار بنيه ، ومن بلغ من أبكار بناته بإذنهن إلا أن يأمره الأب **بالإجبار** أو يعين له الزوج فيجبر ، ولو تعدى الوصي على التركة وزوج بعض بنات الموصي صح .قال خليل : وإن زوج موصى على بيع تركته وقبض ديونه صح .قال شراحه : المراد زوج من لم تجبر والحال أنه لم يجعل التزويج لغيره ، وأما لو زوج من تجبر لفسخ أبدا فقال : (

---

(١) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ٧١/٥

(٢) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ٢٤٩/٦

ووصي الوصي) الذي أوصاه الأب وإن تسلسل .(كالوصي) في كل ما كان للموصي فعل من نكاح أو غيره .قال خليل : وإنما يوصي للمحجور عليه أب أو وصيه وإن بعد لا غيرهما ، كمقدم قاض أو جد سوى الأم فإن لها الإيصاء بالشروط المتقدمة ، ومثل الوصي في صحة الإيصاء لغيره الخليفة والمجبر وإمام الصلاة وناظر الوقف إن جعل له الواقف الإيصاء ، والضابط في ذلك أن كل من ليس له عزل نفسه مما قبل التولية فيه يجوز له الإيصاء به ، ومن له عزل نفسه كالأمين على الرهن والوكيل والقاضي فليس له الإيصاء ، وفهم من قول المصنف : ووصي الوصي كالوصي أنه يجوز له الإيصاء وهو كذلك كما ذكرنا حيث كان الوصي متحدا ، وأما لو كان متعددا فإنه لا يجوز له الإيصاء بغير إذن صاحبه .قال خليل : ولاثنين حمل على التعاون وإن مات أحدهما أو اختلفا فالحاكم ولا لأحدهما إيصاء ولا لهما قسم." (١)

"من هو أقرب منه لأنه حق مستحق بالتعصيب فأشبه الإرث فلو زوج أحد منهم على خلاف الترتيب المذكور لم يصح النكاح والله أعلم قال

(ولا يجوز أن يصرح بخطبة معتدة ويجوز أن يعرض نكاحها قبل انقضاء العدة)

الخطبة بكسر الخاء هي التماس النكاح ثم المرأة إن كانت خلية عن النكاح والعدة جازت خطبتها تصريحا وتعريضا قطعا وإن كانت مزوجة حرما قطعا وإن كانت معتدة حرم التصريح بخطبتها وأما التعريض فإن كانت رجعية حرم التعريض لأنها زوجة وإن كانت في عدة الوفاة وما في معناها كالبائن والمفسوخ نكاحها فلا يحرم التعريض لقوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ﴾ لأن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها فبت طلاقها فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم ((إذا حللت فآذنيني)) وفرق بين التصريح والتعريض بأنه إذا صرح تحققت الرغبة فيها فربما كذبت في انقضاء العدة لغلبة الشهوة أو غيرها وفي التعريض لا يتحقق ذلك وهذا الفرق يصح فيما إذا كانت عدتها بالإقراء دون الأشهر مع أن الصحيح أنه لا فرق بين العدة بالإقراء أو بالأشهر ثم ألفاظ التصريح ما كان نصا في إرادة التزويج نحو أريد أن أنكحك وإذا حللت نكحتك والتعريض ما يحتمل الرغبة وعدمها كقوله رب راغب فيك وإذا حللت فآذنيني ومن يجد مثلك ونحو ذلك ثم هذا كله فيما إذا خطبها غير صاحب العدة أما صاحبها الذي يحل له نكاحها فيها فله التصريح وبخطبتها والله أعلم قال

(والنساء على ضربين ثيبات وأبكار فالبكر يجوز للأب والجد إجبارها على النكاح والثيب لا يجوز تزويجها إلا بعد بلوغها وإذنها)

---

(١) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ٣٨٥/٧

قد تقدم لك ترتيب الأولياء من النسب وغيره ولا شك أن أقوى أسباب الولاية الأبوة ثم الجدودة لكمال شفقتهما فلهذا كان للأب والجد تزويج البكر من كفء بغير إذنها صغيرة كانت أو كبيرة بمهر المثل لقوله عليه الصلاة والسلام الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها صماتها وفي رواية وإذنها سكوتها والإجبار منوط بالبكارة لا بالصغر عندنا خلافا لأبي حنيفة ثم هذا إذا لم يكن بين الأب والجد عداوة ظاهرة فإن كان ففي جواز إجبارها وجهان قال ابن كج

(١) ".

"وابن المرزبان ليس له إجبارها وعلى ذلك جرى الرافعي والنووي قال الحناطي ويحتمل الجواز

قلت جزم الماوردي والروياني ببقائه على ولايته وأوردا على أنفسهما بأن الأب إذا كان عدوا ووضعها تحت غير كفء وأجاب بأن خوف العار يرشد إلى دفع هذا التوهم والله أعلم ويستحب أن تستأذن البالغة للخبر ولو أقر الأب أو الجد بالنكاح حيث له الإجبار قبل على الأصح لأنه يقدر على الإنشاء ومن قدر على الإنشاء قدر على الإقرار وفي وجه لا يقبل حتى تشاهده البالغة ولو استأذنها في دون مهر المثل فسكتت لم يكف أو في أن يزوجها بغير كفء فسكتت كفي في أصح الوجهين وإن زوج غير الأب والجد فلا بد من إذن البكر بعد البلوغ ويكفي السكوت على الأصح لعموم الخبر ثم حيث يكفي السكوت فسواء ضحكت أو بكت إلا أن تبكي بصياح أو ضرب خد فلا يكفي ولا يكون رضا والله أعلم وأما الثيب أي العاقلة فلا يجوز تزويجها إلا بإذنها بعد البلوغ وإذنها النطق لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تستنطق ولا استنطاق إلا بعد البلوغ بالإجماع فإن كانت مجنونة أو صغيرة جاز للأب والجد تزويجها لا لغيرهما لأن الجنون إذا انضم الى الصغر تأكدت الولاية وليس لها حالة تستأذن فيها ولهما ولاية الإجبار في الجمله فاقتضت المصلحة تزويجها ويكفي ظهور المصلحة وإن لم يكن بها حاجة إلى النكاح لأن النكاح يفيدها المهر والنفقة هذا هو الصحيح وقيل لا تزوج الثيب الصغيرة المجنونة ولو كانت كبيرة وقد بلغت مجنونة جاز للاب والجد تزويجها وكذا يجوز للحاكم عند عدم الأب والجد وإن كان لها قريب من أخ وغيره هذا هو الصحيح لأن ولايته عامة وله ولاية على مالها ويرجى شفاؤها وبهذا فارقت الصغيرة وقيل يزوجها القريب كالأخ وهل يلزمه مراجعة أقاربها أو يستحب وجهان ثم الحاكم إنما يزوجها بظهور الحاجة بأن تظهر مخايل شهوتها أو لقول الأطباء إن شفاءها يتوقع به فيجب حينئذوفال إبن الصباغ لا يزوجها الحاكم إلا

(١) كفاية الأخيار، ص/٣٦٠

إذا قال الأطباء إن شفاءها فيه فلو انتفى ذلك فزوج لأجل النفقة أو لمصلحة أخرى لم يجز في الأصح لأن تزويجها يقع إجبارا وغير للأب والجد لا يجبر وقيل يجوز كما يزوج الأب للمصلحه أما إذا بلغت عاقله ثم جنت فهل للأب والجد تزويجها إذ قلنا لا تعود ولاية المال إليهما وجهان أصحهما نعم وفي التتمة يزوجها الأب بلا خلاف والصحيح أنه تعود ولاية من له الولاية بالجنون ولا يلي القاضي فعلى هذا الأب والجد يزوج لا محالة وقول الشيخ والثيب لا تزوج إلا بعد بلوغها وإذنها يستثنى الصغيرى والمجنونة الثيب على ما تقدم والله أعلم واعلم أن البكارة تزول بوطء حلال أو شبهة أو زنا وفي القديم أن الزانية حكمها حكم البكر وهو ضعيف ولو حصلت الثيوبة بالسقطة أو بإصبع أو خدة الطمث وهو

". (١)

"تسمى قسمة المتشابهات وإنما تجري في الحبوب والدراهم والأدهان وسائر المثليات وكذا تجري في الدار المتفقة الأبنية والأرض المتشابهة الأجزاء وما في معناها فتعديل الانصباء في المكيل بالكيل وفي الموزون بالوزن والأرض المتساوية تجزأ أجزاء متساوية بعدد الأنصباء إن تساوت بأن كانت لثلاثة أثلاثا فيجعل ثلاثة أجزاء متساوية ثم يؤخذ ثلاث رقاع متساوية ويكتب على كل رقعة اسم شريك أو جزء من الأجزاء ويميز بعضها عن بعض بحد أو جهة أو غيرهما وتدرج في بنادق متساوية وزنا وشكلا من طين أو شمع ونحوهما وتجعل في حجر رجل لم يحضر الكتابة والإدراج فإن كان صبيا أو أعجميا كان أولى ثم يؤمر بإخراج رقعة أخرى على الجزء الأول من كتب اسماء الشركاء فمن خرج اسمه أخذه ثم يؤمر بإخراج رقعه أخرى على الجزىء الذي يلي الأول فمن خرج اسمه أخذه وتعين الباقي للثالث وكما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة تجوز بالعصى والحصا ونحوهما وإذا طلب أحد الشركاء في هذه القسمة فامتنع أجبر الممتنع على الصحيح لأنه لا ضرر ويتخلص من سوء المشاركة وتسمى هذه قسمة إجبار كما تسمى قسمة إفراز

النوع الثاني قسمة التعديل والمشترك الذي تعدل سهامه تارة يكون شيئا واحدا وتارة يكون شيئين فصاعدا فإن كان شيئا واحدا كالأرض تختلف أجزاؤها لاختلافها في قوة النبات والقرب من الماء ونحو ذلك فيكون ثلثها لجودته كثلثيها بالقيمة مثلا فيجعل هذا سهما وهذان سهما إن كانت بينهما نصفين وإن كانت شيئين فصاعدا فإن كانت عقارا كدارين أو حانوتين متساويي القيمة فطلب أحدهما القسمة بأن

---

(١) كفاية الأخيار، ص/٣٦١

يجعل لهذا دارا ولهذا دارا لم يجبر الممتنع سواء تجاور الحانوتان أو الداران أم لا لاختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية فلو كانت دكاكين صغارا متلاصقة لا يحتمل آحادها القسمة ويقال لها العضائد فطلب أحدهما القسمة أعيانا فهل يجبر الممتنع وجهان

أحدهما لا كالمتفرقة وكالدور وأصحهما نعم يجبر للحاجة وكذا حكم الخان المشتمل على بيوت ومساكن ولو كانت دار بين اثنين لها علو وسفل فطلب أحدهما قسمتها علوا أو سفلا أجبر الآخر عند الإمكان وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد والسفل لآخر لا يجبر كذا أطلقه الأصحاب وإن كان غير عقار كأن اشتركا في دواب أو أشجار أو ثياب ونحوها فإن كانت من نوع واحد وأمكن التسوية بين الشريكين عددا فالمذهب أنه يجبر على قسمتها أعيانا لقلة اختلاف الأغراض فيها بخلاف الدور وإن لم تمكن التسوية كثلاثة أعبد بين اثنين بالسوية إلا أن أحدهم يساوي الآخرين في القيمة فإن قلنا بالإجبار عند استواء القيمة وهو المذهب فهنا قولان كالأرض المختلفة الأجزاء وإن كانت الشركة لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له القسمة بالخسيس ويكون له في النفيس ربعه ففيه خلاف والأرجح لا إجبار هنا لأن الشركة لا ترتفع بالكلية وإن كانت

---

(١) ".

"ولنهيه عليه الصلاة والسلام عن إضاعه المال فلو طلبوها من الحاكم وكانت المنفعة تبطل بالكلية لم يجبهم ويمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم لأنه سفه وإن نقصت كيف يكسر لم يجبهم على الأصح لكن لا يمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم وإن كان على أحدهما ضرر دون الآخر مثل أن يكون لأحدهما عشر الأرض والآخر تسعة أعشار وإذا قسمت أمكن صاحب الأعشار الانتفاع ٢ بها دون الآخر فإن طلب صاحب العشر لم يجبر الآخر على الأصح وإن طلبها الآخر أجبر صاحب العشر على الأصح لأن صاحب العشر متعنت في طلبه إذ لا نفع له فيما يملك بعد القسمة بخلاف الآخر فإنه ينتفع فيعذر قلت ينبغي أن يقال إن كان صاحب العشر له ملك ملاصق إلى ما يحصل له بالقسمة أو موات وبالإضافة إلى ذلك ينتفع به فينبغي الإجبار لدفع سوء المشاركة وحصول الانتفاع والله أعلم قال & باب الدعاوي والبينات & فصل في البينة وإذا كان مع المدعي بينة سمعها الحاكم وحكم له بها فإن لم تكن بينة فالقول قول المدعي عليه

---

(١) كفاية الأخيار، ص/٥٦٠

الأصل في الدعاوي قوله لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعي عليه وفي رواية البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه والمعنى في جعل البينة في جانب المدعي لأنها حجة قوية بانتفاء التهمة لأنها لا تجلب لنفسها نفعا ولا تدفع عنها ضررا وجانب المدعي ضعيف لأن ما يقوله خلاف الظاهر فكلف الحجة القوية ليقوي بها ضعفه واليمين حجة ضعيفة لأن الحالف متهم يجلب لنفسه النفع وجانبه قوي إذ الاصل براءة ذمته فاكتفوا منه بالحجة الضعيفة والصحيح أن المدعي من يخالف قوله الظاهر والمدعي عليه من يوافق قوله الظاهر فإذا أقام المدعي البينة قضي له بها ولو كان بعد حلف المدعي عليه لإطلاق الخبر وقدمت البينة على اليمين لأن اليمين من جهة الخصم وهو قول واحد بخلاف البينة فيها فإن لم تكن بينة فالقول قول المدعي عليه للحديث وقد ورد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ب ا ليمين على المدعي عليه والله أعلم قال

". (١)

"وإذنها صماتها) ما ذكره في الوصي مثله قول المدونة لا تزوج اليتيمة التي يولى عليها حتى تبلغ وتأذن ح

إلا أن يكون نص الأب في الوصية على **الإجبار** فينزل منزلته ونص في المختصر على أن الوصي ووصيه ينزل منزلة الأب في **الإجبار** بشرطين على سبيل البدل

أحدهما أن يعين له الزوج والآخر أن يأمره الأب بالإنكاح وهذا الثاني نص عليه الشيخ بعد بقوله ولا يزوج الصغيرة إلا أن يأمره الأب بإنكاحها فعلى هذا يحمل قول الشيخ هنا حتى تبلغ على ما إذا لم يأمره الأب بالإنكاح

لكن عبد الوهاب فسر قول الشيخ الآتي بما إذا عين الزوج كما

". (٢)

"(ص) أو أقامت ببيتها سنة وأنكرت (ش) المشهور أن البكر إذا أقامت ببيتها عند زوجها سنة من بلوغها ثم فارقها قبل المسيس أنه لا جبر لأبيها عليها ؛ لأن إقامة السنة توجب تكميل الصداق على

---

(١) كفاية الأخيار، ص/٥٦٢

(٢) كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، ٥٤/٢

الزوج بمنزلة الوطء ومفهوم وأنكرت المسيس وسواء صدقها الزوج أو كذبها أحروي لو أقرت بالمسيس فاقتصاره على إنكارها المسيس تحته فائدتان : الأولى إذا لم يجبرها بعد السنة وهي مقرة ببقاء حكم **الإجبار** فأحرى إذا ادعت المسيس المقتضي عدم **الإجبار** الثانية أنه إنما يجبرها فيما نقص عن السنة كستة أشهر إذا كانت حين **الإجبار** منكرة للمسيس لتضمن ذلك إقرارها ببقاء **الإجبار** حتى لا يكون ذريعة إلى إجبار ثيب .s." (١)

"(قوله وأنكرت إلخ) ، ولو وافقها على عدمه أو جهلت خلوته بها وأنكرت المس أيضا (قوله المشهور أن البكر إلخ) ومقابله ما لعبد الوهاب من أن الطول إنما يحد في ذلك بالعرف (قوله إذا أقامت ببيتها) أي الساكنة فيه مع زوجها فلو علم عدم الخلوة بها أو عدم الوصول إليها فلا يرتفع إجبار الأب عليها ، ولو أقامت على عقد النكاح أكثر من سنة (قوله سنة من بلوغها) .وأما مكثها عنده قبل بلوغها فلا يعد من السنة (قوله الأولى إلخ) خلاصته أن الفائدة الأولى كون مسألة الإقرار مفهومة بالأولوية وفيه أن التصريح أقوى في الفهم إلا أن يقال قوله فاقتصاره إلخ أي مع ملاحظة الاختصار (قوله إذا كانت حين **الإجبار** منكرة) أي وكان الإقرار بالبكارة قبل العقد أو بعده بالقرب كذا لابن رشد (قوله حتى لا يكون) تفريع على قوله أنه إنما يجبرها إذا كانت حين **الإجبار** فحينئذ لا يكون **الإجبار** ذريعة إلى إجبار ثيب ووجه ذلك أن شأن المرأة إذا دخل بها الزوج أن يزيل البكارة فالقول ببقاء **الإجبار** حينئذ يكون ذريعة إلى إجبار ثيب فلما جعلنا الموضوع أنها منكرة للمسيس فلا يكون **الإجبار** ذريعة إلى إجبار ثيب والأولى أن يقول فلا تكون الثيب مجبرة كما يظهر بالتأمل (قوله خاصة) ومقابلها العامة التي هي ولاية الإسلام (قوله الأبوة) هي أحد الخمسة وبقيتها تعصيب وإيصاء وكفالة وسلطنة وبيان الخمسة التي شملها الإيصاء أو لها وصي أمره أب به أو عين له الزوج وثانيها وصي أمره." (٢)

"ولما كانت أسباب الولاية خاصة وهي خمسة الأبوة وأنهى المؤلف الكلام عليها وخلافة الأبوة وهي الوصاية شرع الآن فيها وهي على خمسة أقسام وهي وصي أمره الأب **بالإجبار** فلا خلاف أن له ذلك وينزل منزلة الأب في حياته ومماته وإليه الإشارة بقوله (ص) وجبر وصي أمره أب به أو عين له الزوج (ش) يعني أن الوصي له جبر من يجبره الأب وهي الثيب إن صغرت والبكر ، ولو عانسا إذا أمره الأب **بالإجبار** صريحا أو تضمنا بأن يقول له زوجها قبل البلوغ وبعده أو عين الأب له الزوج كزوجها من فلان وسواء أطلق

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٣١٩/١٠

(٢) شرح خليل للخرشي، ٣٢٠/١٠

أو قيد كزوجها منه إذا بلغت أو بعد كذا من السنين (ص) وإلا فخلاف (ش) أي ، وإن لم يعين الزوج للوصي ولا أمره **بالإجبار** بل أوصاه بالإنكاح فقال اللخمي له جبرها وقال عبد الوهاب ليس له جبرها بل هو أحق من الأولياء في البكر البالغ بإذنها وهو كأحدهم في الثيب وصرح الأقفهسي بتشهيرهما وانظر الثلاثة بقية الأقسام الخمسة الداخلة تحت أقسام الوصايا المشار إليها فيما مر في شرح س .s." (١)

"(ص) ووصي فقط يعم وعلى كذا يخص به كوصي حتى يقدم فلان (ش) يعني أنه إذا قال اشهدوا على أن فلانا وصيي ، ولم يزد على ذلك ، فإنه يكون وصيه في جميع الأشياء ويزوج صغار بنيه ومن بلغ من الكبار من أبكار بناته بإذنهن إلا أن يأمره الأب **بالإجبار** أو يعين الزوج والثيب بأمرها فيقيد عموم ما هنا بما مر في باب النكاح وظاهره أنه دخل في العموم ما إذا كان الموصي وصيا على أيتام وهو ظاهر المدونة فيكون للوصي الولاية عليهم وقيل لا يدخلون إلا بالنص على دخولهم ، وإذا قال فلان وصيي على الشيء الفلاني ، فإن نظر الوصي يختص به ، ولا يتعداه إلى غيره كما إذا قال فلان وصيي حتى يقدم فلان الفلاني ، فإنه يكون وصيا له في جميع الأشياء لكن إلى أن يقدم فلان الفلاني ، فإذا قدم ، فإنه لا يكون وصيا وينعزل بمجرد القدوم ، ولو لم يقبل القادم الوصية إلا لقرينة ، فلو لم يقدم فلان بل مات قبل قدومه ، فإن الوصية تستمر على حالها وقوله (أو إلى أن تتزوج زوجتي) المعطوف محذوف يدل عليه ما صرح به من قوله زوجتي ، ولو أتى به لأسقط هذا الدال أي وكوصيتي زوجتي إلى أن تتزوج فهي ما دامت عزبا وصية ، وإذا تزوجت سقط حقها ، وهذا التقرير موافق لما عند ابن غازي الموافق للنقل ، وأما ما في الشارح فهو غير حسن وجعل البساطي قوله ، أو إلخ ، معطوفا على حتى يقدم ويتزوج بالمثناة التحتية أي وكوصيي إلى أن يتزوج زوجتي فهي ما دامت أجنبية منه يكون وصيا ، وإذا." (٢)

"تزوجها خرج عن ذلك هذا حاصل كلامه مع أن الفرع الذي قبله يغني عنهs.(قوله فيقيد عموم ما هنا إلخ) المناسب أن يقول فيبين إجمال ما هنا بما مر بيان ذلك أن قوله يعم محتمل هل مع إجبار أو لا فبين ذلك بما تقدم بأن يقول تزوج الكبار بإذنهن ما لم يأمره الأب **بالإجبار** أو يعين له الزوج .(قوله وإذا قال وصي على الشيء الفلاني) أي كوصي على بيع تركتي .(قوله فإنه يكون وصيا له في جميع الأشياء إلخ) أي : ولذا قالوا إن قول المصنف كوصي إلخ تشبيه في يعم ويخص ؛ لأن فيها العموم والخصوص فهي عامة في التصرف خاصة في الزمن فهي تشبه المسألة الأولى في العموم والمسألة الثانية

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٣٢٢/١٠

(٢) شرح خليل للخرشي، ٢٦٥/٢٤

في الخصوص .(قوله إلا لقرينة) أي : إلا لقرينة تدل على أن مراد الموصي إن قدم وقبل (قوله وأما ما في الشارح فهو غير حسن) أي : ؛ لأنه قال أي : فهي ما دامت عزبا معزولة عن الإيصاء فإذا تزوجت وجب لها ذلك .(قوله مع أن الفرع إلخ) الحاصل أن تقرير البساطي صحيح أيضا كالتقرير الأول إلا أنه يستغني عن تقرير البساطي بما سبق وهو قوله حتى يقدم فلان ؛ لأن المراد مثلا لا خصوص القدوم أو حتى يتزوج أو نحو ذلك." (١)

".(قوله فزوج بناته) أي : بإذنهن (قوله وإذا وقع صح) أي : فقول المصنف وبأبعد مع أقرب إن لم يجبر أي : فذلك بمثابة ما إذا زوج العم مع وجود الأخ (قوله الواو بمعنى أو) أقول بل وكذلك لو كان موصى على الأمرين معا (قوله وأما لو زوج من تجبر) أي : بأن عين الزوج أو أمر إنسانا بالإجبار فوقع أن الموصى على التركة زوجها لغير الزوج المعين أو تعدى على المأمور بالإجبار فقول الشارح ما لم يجعل التزويج لغيره هو معنى قولنا أو تعدى على المأمور بالإجبار .(تنبيه) : ما ذكره المصنف هنا بخلاف موصى له بدفع ميراث بنت صغيرة فله تولي بضعها بإذنها ويصح عقده وإن كان الأولى الرفع للإمام لينظر هل الأولى العقد عليها أم لا وإنما جاز في هذه دون ما قبله ؛ لأن تعلق وصيته بها حيث جعل وصيا على ميراثها أشد من تعلق جعله وصيا على بيع تركته وقبض ديونه لها (قوله فالأحب أن لا يفعل) أي فالواجب أن لا يفعل قد يقال حيث حكم بعدم الجواز ، فيرجع الأمر إلى ما هو مقرر من أن الأولياء مقدمون عليه فلا داعي إلى العرض على الإمام ويمكن الجواب بأنه لما تعلق للموصي حق في الجملة كان ذلك مظنة لوقوع النزاع بينه وبين الأولياء فلذلك احتيج للعرض على الإمام فتدبر." (٢)

"(ص) أو أقامت ببيتها سنة وأنكرت (ش) المشهور أن البكر إذا أقامت ببيتها عند زوجها سنة من بلوغها ثم فارقها قبل المسيس أنه لا جبر لأبيها عليها ؛ لأن إقامة السنة توجب تكميل الصداق على الزوج بمنزلة الوطء ومفهوم وأنكرت المسيس وسواء صدقها الزوج أو كذبها أحروي لو أقرت بالمسيس فاقتصاره على إنكارها المسيس تحته فائدتان : الأولى إذا لم يجبرها بعد السنة وهي مقرة ببقاء حكم الإجبار فأحرى إذا ادعت المسيس المقتضي عدم الإجبار الثانية أنه إنما يجبرها فيما نقص عن السنة كستة أشهر

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٢٤/٢٦٦

(٢) شرح خليل للخرشي، ٢٤/٢٦٨

إذا كانت حين **الإجبار** منكرة للمسيس لتضمن ذلك إقرارها ببقاء **الإجبار** حتى لا يكون ذريعة إلى إجبار ثيب .s." (١)

"(قوله وأنكرت إلخ) ، ولو وافقها على عدمه أو جهلت خلوته بها وأنكرت المس أيضا (قوله المشهور أن البكر إلخ) ومقابله ما لعبد الوهاب من أن الطول إنما يحد في ذلك بالعرف (قوله إذا أقامت ببيتها) أي الساكنة فيه مع زوجها فلو علم عدم الخلوة بها أو عدم الوصول إليها فلا يرتفع إجبار الأب عليها ، ولو أقامت على عقد النكاح أكثر من سنة (قوله سنة من بلوغها) .وأما مكثها عنده قبل بلوغها فلا يعد من السنة (قوله الأولى إلخ) خلاصته أن الفائدة الأولى كون مسألة الإقرار مفهومة بالأولوية وفيه أن التصريح أقوى في الفهم إلا أن يقال قوله فاقتصاره إلخ أي مع ملاحظة الاختصار (قوله إذا كانت حين **الإجبار** منكرة) أي وكان الإقرار بالبكارة قبل العقد أو بعده بالقرب كذا لابن رشد (قوله حتى لا يكون) تفريع على قوله أنه إنما يجبرها إذا كانت حين **الإجبار** فحينئذ لا يكون **الإجبار** ذريعة إلى إجبار ثيب ووجه ذلك أن شأن المرأة إذا دخل بها الزوج أن يزيل البكارة فالقول ببقاء **الإجبار** حينئذ يكون ذريعة إلى إجبار ثيب فلما جعلنا الموضوع أنها منكرة للمسيس فلا يكون **الإجبار** ذريعة إلى إجبار ثيب والأولى أن يقول فلا تكون الثيب مجبرة كما يظهر بالتأمل (قوله خاصة) ومقابلها العامة التي هي ولاية الإسلام (قوله الأبوة) هي أحد الخمسة وبقيتها تعصيب وإيصاء وكفالة وسلطنة وبيان الخمسة التي شملها الإيصاء أو لها وصي أمره أب به أو عين له الزوج وثانيها وصي أمره." (٢)

"ولما كانت أسباب الولاية خاصة وهي خمسة الأبوة وأنهى المؤلف الكلام عليها وخلافة الأبوة وهي الوصاية شرع الآن فيها وهي على خمسة أقسام وهي وصي أمره الأب **بالإجبار** فلا خلاف أن له ذلك وينزل منزلة الأب في حياته ومماته وإليه الإشارة بقوله (ص) وجبر وصي أمره أب به أو عين له الزوج (ش) يعني أن الوصي له جبر من يجبره الأب وهي الثيب إن صغرت والبكر ، ولو عانسا إذا أمره الأب **بالإجبار** صريحا أو تضمنا بأن يقول له زوجها قبل البلوغ وبعده أو عين الأب له الزوج كزوجها من فلان وسواء أطلق أو قيد كزوجها منه إذا بلغت أو بعد كذا من السنين (ص) وإلا فخلاف (ش) أي ، وإن لم يعين الزوج للوصي ولا أمره **بالإجبار** بل أوصاه بالإنكاح فقال اللخمي له جبرها وقال عبد الوهاب ليس له جبرها بل

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٣١٩/١٠

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٣٢٠/١٠

هو أحق من الأولياء في البكر البالغ بإذنها وهو كأحدهم في الثيب وصرح الأقفهسي بتشهيرهما وانظر الثلاثة بقية الأقسام الخمسة الداخلة تحت أقسام الوصايا المشار إليها فيما مر في شرح س .s." (١)

"(ص) ووصي فقط يعم وعلى كذا يخص به كوصي حتى يقدم فلان (ش) يعني أنه إذا قال اشهدوا على أن فلانا وصيي ، ولم يزد على ذلك ، فإنه يكون وصيه في جميع الأشياء ويزوج صغار بنيه ومن بلغ من الكبار من أبكار بناته بإذنهن إلا أن يأمره الأب **بالإجبار** أو يعين الزوج والثيب بأمرها فيقيد عموم ما هنا بما مر في باب النكاح وظاهره أنه دخل في العموم ما إذا كان الموصي وصيا على أيتام وهو ظاهر المدونة فيكون للوصي الولاية عليهم وقيل لا يدخلون إلا بالنص على دخولهم ، وإذا قال فلان وصيي على الشيء الفلاني ، فإن نظر الوصي يختص به ، ولا يتعداه إلى غيره كما إذا قال فلان وصيي حتى يقدم فلان الفلاني ، فإنه يكون وصيا له في جميع الأشياء لكن إلى أن يقدم فلان الفلاني ، فإذا قدم ، فإنه لا يكون وصيا وينعزل بمجرد القدوم ، ولو لم يقبل القادم الوصية إلا لقرينة ، فلو لم يقدم فلان بل مات قبل قدومه ، فإن الوصية تستمر على حالها وقوله (أو إلى أن تتزوج زوجتي) المعطوف محذوف يدل عليه ما صرح به من قوله زوجتي ، ولو أتى به لأسقط هذا الدال أي وكوصيتي زوجتي إلى أن تتزوج فهي ما دامت عزبا وصية ، وإذا تزوجت سقط حقها ، وهذا التقرير موافق لما عند ابن غازي الموافق للنقل ، وأما ما في الشارح فهو غير حسن وجعل البساطي قوله ، أو إلخ ، معطوفا على حتى يقدم ويتزوج بالمثناة التحتية أي وكوصيي إلى أن يتزوج زوجتي فهي ما دامت أجنبية منه يكون وصيا ، وإذا." (٢)

"تزوجها خرج عن ذلك هذا حاصل كلامه مع أن الفرع الذي قبله يغني عنهs.(قوله فيقيد عموم ما هنا إلخ) المناسب أن يقول فيبين إجمال ما هنا بما مر بيان ذلك أن قوله يعم محتمل هل مع إجبار أو لا فبين ذلك بما تقدم بأن يقول تزوج الكبار بإذنهن ما لم يأمره الأب **بالإجبار** أو يعين له الزوج .(قوله وإذا قال وصي على الشيء الفلاني) أي كوصي على بيع تركتي .(قوله فإنه يكون وصيا له في جميع الأشياء إلخ) أي : ولذا قالوا إن قول المصنف كوصي إلخ تشبيه في يعم ويخص ؛ لأن فيها العموم والخصوص فهي عامة في التصرف خاصة في الزمن فهي تشبه المسألة الأولى في العموم والمسألة الثانية في الخصوص .(قوله إلا لقرينة) أي : إلا لقرينة تدل على أن مراد الموصي إن قدم وقبل (قوله وأما ما في الشارح فهو غير حسن) أي : ؛ لأنه قال أي : فهي ما دامت عزبا معزولة عن الإيصاء فإذا تزوجت

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٣٢٢/١٠

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٦٥/٢٤

وجب لها ذلك .(قوله مع أن الفرع إلخ) الحاصل أن تقرير البساطي صحيح أيضا كالتقرير الأول إلا أنه يستغني عن تقرير البساطي بما سبق وهو قوله حتى يقدم فلان ؛ لأن المراد مثلا لا خصوص القدوم أو حتى يتزوج أو نحو ذلك." (١)

".(قوله فزوج بناته) أي : بإذنهن (قوله وإذا وقع صح) أي : فقول المصنف وبأبعد مع أقرب إن لم يجبر أي : فذلك بمثابة ما إذا زوج العم مع وجود الأخ (قوله الواو بمعنى أو) أقول بل وكذلك لو كان موصى على الأمرين معا (قوله وأما لو زوج من تجبر) أي : بأن عين الزوج أو أمر إنسانا بالإجبار فوقع أن الموصى على التركة زوجها لغير الزوج المعين أو تعدى على المأمور بالإجبار فقول الشارح ما لم يجعل التزويج لغيره هو معنى قولنا أو تعدى على المأمور بالإجبار .(تنبيه) : ما ذكره المصنف هنا بخلاف موصى له بدفع ميراث بنت صغيرة فله تولي بضعها بإذنها ويصح عقده وإن كان الأولى الرفع للإمام لينظر هل الأولى العقد عليها أم لا وإنما جاز في هذه دون ما قبله ؛ لأن تعلق وصيته بها حيث جعل وصيا على ميراثها أشد من تعلق جعله وصيا على بيع تركته وقبض ديونه لها (قوله فالأحب أن لا يفعل) أي فالواجب أن لا يفعل قد يقال حيث حكم بعدم الجواز ، فيرجع الأمر إلى ما هو مقرر من أن الأولياء مقدمون عليه فلا داعي إلى العرض على الإمام ويمكن الجواب بأنه لما تعلق للموصي حق في الجملة كان ذلك مظنة لوقوع النزاع بينه وبين الأولياء فلذلك احتيج للعرض على الإمام فتدبر." (٢)

"والكتب يقتضي عليه المدعي من خصمه الجواب توقيفا دعي الكتب مصدر وهو هنا بمعنى المفعول يعني أن المكتوب الذي يطلب المدعي من خصمه الجواب عنه ؛ لاشتماله على دعواه وتضمنه إياها يدعى ويسمى عند الموثقين بالتوقيف لكون الطالب الذي أملاه على كتابه يوقف عليه المطلوب ويطلبه بالجواب عنه بين يدي القاضي ، وهذا هو المسمى بالمقال أيضا والكتب مبتدأ وجملة يقتضي بمعنى يطلب صفته وفاعل يقتضي هو المدعي ومن خصمه يتعلق بيقتضي .(والجواب) مفعوله وعليه يتعلق بالجواب ويحتمل أن تكون على بمعنى عن ، وهو المناسب وتوقيفا مفعول ثان لدعي والأول ضمير (الكتب) وجملة (دعي) خبر (الكتب) والرابط لجملة الصفة بموصوفها هو ضمير عليه ولجملة الخبر بالمبتدأ ، وهو نائب .(دعي) العائد على (الكتب) والله أعلم .وما يكون بينا إن لم يجب عليه في الحين فالإجبار يجب وكل ما افتقر للتأمل فالحكم نسخه وضرب ا لأجل وطالب التأخير فيما سهلا لمقصد يمنعه وقيل لا يعني

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٦٦/٢٤

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٦٨/٢٤

أن المقال المسمى بالتوقيف إن كان سهلا بينا للتأمل قليل الفصول قريب المعنى ، فإن المطلوب يجبر على الجواب عنه في الحين من غير تراخ ، وإن كان بعكس ذلك من كثرة الفصول واختلاف المعاني والافتقار إلى النظر والتأمل فإنه يحكم للمطلوب بأخذ نسخة منه ويؤجل في جوابه بقدر اجتهاد القاضي .(قال الشارح) وذلك مقتضى ما نقله المازري عن ابن أبي زيد قال : وبه العمل وإلى هذا أشار بالبيتين الأولين فإن طلب." (١)

"المطلوب التأخير بالجواب في المقال القليل الفصول القريب المعاني لمقصد يبينه كتوكيل من يجيب عنه وما أشبهه فقيل : يمنع منه وقيل : لا يمنع قال الشارح والأظهر أنه يمنع منه ولذلك قدمه الشيخ رحمه الله في هذا البيت ، ولفظ **الإجبار** يقرأ بنقل حركة الهمزة للساكن قبلها ، وجملة يمنعه بالبناء للنائب خبر (طالب) – والضمير البارز – للتأخير ، والنائب يعود على الطالب .(فرع) وفي الوثائق المجموعة قال أحمد بن سعيد وإذا دعي الخصم إلى انتساخ وثيقة وقف عليها ليقف على فصولها فإنه إن كانت الوثيقة مختصرة للفهم لمعانيها ، ويوقف عليها للسماع لها لم يعط نسختها فإن كانت طويلة كثيرة المعاني لا يحاط بفهم معانيها ، ويحتاج إلى التثبت فيها أعطي نسختها ا هـ .(وفي ابن عرفة) وفي تمكين المطلوب من نسخة بما شهد به عليه مطلقا ، أو إن كانت فيما يشكل ويحتاج المطلوب فيه إلى تدبير وتأمل نقل المازري عن القاضي أبي طالب والشيخ المازري وعليه العمل ا هـ .ونحوه في ابن سلمون ومن نوازل الأيمان والدعاوى من المعيار سئل ابن أبي زيد عن متخاصمين طلب أحدهما صاحبه أن يوقفه على وثيقة بيده له فيها حق فأجاب : إذا حضر الحكم وجب إخراج الوثيقة للطالب لينظر فيها ، وليس له الامتناع منه وهو من حق الطالب انتهى." (٢)

"فصل فيمن له **الإجبار** وما يتعلق به ثيوبة النكاح والملك معا للأب **الإجبار** بها قد منعا كما له ذلك في صغار بناته وبالغ الإبكار ويستحب إذنها والسيد بالجبر مطلقا له تفرد ترجم لمن له **الإجبار** على النكاح من الأولياء ومعلوم أن الأب ممن يجبر ولما كان لا يجبر في القليل من الصور قدم الكلام عليه ليتفرغ لصور الجبر فأخبر أن الأب يمتنع إجباره في صورتين : (إحداهما) الثيب بنكاح صحيح أو فاسد كما يصرح به بعد في قوله وكالصحيح ما بعقد فاسد مع كونها حرة بالغة فلا جبر للأب عليها (الثانية) الأمة البالغة الثيب بوطء السيد إذا أعتقت ولها أب حر فلا يجبرها أيضا وعلى هاتين المسألتين نبه بالبيت الأول

---

(١) شرح ميارة، ١/٨٣

(٢) شرح ميارة، ١/٨٤

فقوله والملك بالخفض عطف على النكاح مدخول لثيوبة وضمير بها للثيوبة والباء سببية أو بمعنى مع وبذكر الثانية بعد الأولى يظهر أنه قليل الجدوى ويحتمل أن يرفع بالعطف على ثيوبة والمعنى أن الملك يمنع الأب من الإجبار ثيبا كانت أو بكرا فالحر الذي له بنت مملوكة لا جبر له عليها وإنما يجبرها سيدها كما يصرح به في قوله والسيد بالجبر مطلقا له تفرد وضمير بها على هذا الاحتمال يعود على الثيوبة والملك بتأويلهما معا بالصفة .وقوله كما له ذلك في صغار بناته الإشارة للإجبار يعني أن للأب أن يجبر بنته الصغيرة التي لم تبلغ يعني سواء كانت بكرا ولا إشكال أو ثيبا بأي شيء كانت ثيوبتها وقوله وبالغ الإبكار أي وكذلك للأب جبر ابنته البكر." (١)

"البالغ ثم أخبر في البيت الثالث أن الأب وإن كان يجبر البكر البالغ فإنه يستحب له إذنها ثم أخبر أن السيد أي المالك انفرد بوصف عن سائر الأولياء وهو الجبر لمملوكه مطلقا أي يجبر الذكر والأنثى بالغين أو غير بالغين بكرا كانت الأنثى أو ثيبا وهذا مراده بالإطلاق (وفي طرر ابن عات) الثيوبة التي تسقط الإجبار على النكاح ما كانت عن نكاح صحيح أو فاسد مختلف فيه أو مجمع على فساده أو على وجه الملك كان ذلك الملك بوجه صحيح أو فاسد .(وفي معين الحكام لابن عبد الرفيع) الثيب الصغيرة إذا رجعت للأب قبل البلوغ فله إجبارها على النكاح ويزوجها كما يزوج البكر (وفي المدونة) قال سحنون قلت لابن القاسم أيجوز للرجل أن يجبر ابنته البكر على النكاح ولا يستأمرها قال نعم وهو قول مالك كانت بالغا أو غير بالغ (ابن الحاجب) والأب يجبر الصغيرة التوضيح ظاهره بكرا كانت أو ثيبا ولا خلاف في البكر وأما الثيب الصغيرة ففيها ثلاثة أقوال الجبر وعدمه وقال ابن القاسم وأشهب يجبرها إن كان زوجها ثانيا قبل البلوغ ولا يجبرها بعده لأنها صارت ثيبا بالغا ثم قال ابن الحاجب والبالغ البكر بغير إذن وقيل يستحب استئذانها ا هـ وفي الوثائق المجموعة وغيرها استحباب مشاورة الأب ابنته البكر في النكاح ويظهر من إطلاق الشيخ القول بالجبر في بالغ الأبكار أنها وإن عنست أي طالت إقامتها قبل التزويج فإن له جبرها وهو كذلك على ما روى ابن القاسم عن مالك .(وقال ابن عرفة) المالك." (٢)

"وكالأب الوصي فيما جعلا أب له مسوغ ما فعلا يعني أن الوصي كالأب فيما جعل له الأب من إنكاح بناته جبرا قبل البلوغ وبعده من غير كشف ولا استئمار فإذا جعل له ذلك تنزل منزلته في جميع ذلك (قال في النوادر) قال أصبغ وإذا قال الأب للوصي زوج ابنتي من فلان بعد عشر سنين أو أن تبلغ فذلك

---

(١) شرح ميارة، ٤٢٢/١

(٢) شرح ميارة، ٤٢٣/١

لفلان إذا بذل صداق المثل وليس لها ولا للوصي أن يأبيا ذلك إلا أن يحدث لفلان فسق أو تلصص قال في الواضحة أو سقم بين فتبطل الوصية سواء أحبت أو كرهت وإن لم يحدث منه أنه تزوج وكان خلوا أو اتخذ السراري فلا حجة لها بذلك (قال مالك) وإذا أوصى الأب بتزويج البكر بعد موته لزمها ما أوصى به وإن كرهت وبلغت (قال الشارح) من إطلاق هذه الروايات وأمثالها أخذ أهل كتب الأحكام جعل **الإجبار** للوصي وأن النص عليه يرفع حكم اختلاف إن وجد فيه .ا هـ (وفي مختصر الشيخ خليل) وجبر وصي أمره أب به أو عين الزوج وإلا فخلاف (فرع) قال في المدونة وللوصي أن يزوج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي ولو رضيت هي ووليها برجل وعقدا له لم يجز إلا برضا الوصي وإن اختلفوا نظر السلطان (وقال يحيى بن سعيد) الوصي أولى من الولي ويشاور الولي ويزوج الولي الثيب برضاها وإن كره الوصي وإن زوجها الوصي أيضا برضاها جاز وإن كره الولي وليس كالأجنبي فيها وليس لأحد أن يزوج الطفلة قبل بلوغها من قاض أو وصي إلا الأب وحده ا هـ من التوضيح وحاصله أن الوصي في البكر مقدم." (١)

"وحيثما زوج بكرا غير أب فمع بلوغ بعد إثبات السبب وحيثما العقد لقاض ولي فمع كفء بصداق المثل يعني أن البكر إذا زوجها غير الأب كأخيها وعمها ونحوهما كالوصي إذا لم يجعل له الأب **الإجبار** عليها على أحد قولين مشهورين فلا يزوجونها إلا إذا بلغت وثبت سبب تزويجهم لها من كونها لا أب لها أو لها أب مفقود أو أسير في بلد للعدو وغير ذلك من الأسباب التي تذكر أما اشتراط البلوغ فلأنها لا يزوجها غير الأب إلا برضاها ولا عبرة برضا غير البالغ وأما ثبوت السبب فإن ذات الأب إذا زوجها غيره يفسخ نكاحها إلا لسبب كما يذكر قريبا ولا يشمل قوله غير الأب الوصي الذي جعل له الأب **الإجبار** قبل البلوغ وبعده لأنه بمنزلة الأب سواء ولا يتوقف إنكاحه إياها إلا على ثبوت كونه وصيا من قبل الأب فلذلك ينسخ رسم الإيصاء أعلى الصداق والصداق أسفل وهذا أولى وبعضهم يختصر ويقول الموثق في رسم الصداق أنكحه إياها الوصي عليها من قبل أبيها وهو فلان حسبما ذلك في علم شهيديه أو بشهادة شهيديه وكذلك إذا عقد القاضي نكاح بكر لكونها لا ولي لها من النسب ولا وصي عليها ولا كافل أو غاب أبوها غيبة بعيدة كإفريقية من مصر فلا تزوج أيضا إلا بعد البلوغ وثبوت النسب الذي من جملته كفاءة الزوج لها وكون ما بذل لها هو صداق مثلها من مثله وشمل قوله غير الأب القاضي وإنما ذكره وإن كان من عطف خاص على عام لرفع توهم قصور الحكم على ولي النسب والوصي وصرح بأن القاضي كذلك." (٢)

---

(١) شرح ميارة، ١/٤٢٦

(٢) شرح ميارة، ١/٤٢٨

"وتأذن الثيب بالإفصاح والصمت إذن البكر في النكاح واستنطقت لزائد في العقد كقبض عرض وكزوج عبد تقدم أن الثيب البالغ الحرة لا تجبر وإنما تزوج بإذنها ورضاها وكذلك البكر غير ذات الأب وغير ذات الوصي الذي جعل له الإجبار لا تجبر أيضا وأفاد الناظم هنا أمرا زائدا على مطلق الإذن والرضا وهو أن إذن الثيب يكون بالنطق والإفصاح عن الرضا ولا يكفي فيها الصمت وأن إذن البكر صمتها فإن نطقت فأولى وإلى هذا أشار بالبيت الأول والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ﴿ البكر تستأمر فإذنها صماتها والثيب تعرب عن نفسها ﴾ ثم ذكر في الثاني أن البكر تستنطق أي يطلب نطقها في مسائل وكأنها في معرض الاستثناء عن قوله والصمت إذن البكر في النكاح (قال الشارح) ووجه ذلك ظاهر فإن مطلق النكاح الجاري على صريح العادة هو الذي اكتفى فيه الشارح بصمت البكر دليلا على رضاها الملزم لها حكم انعقاده عليها وأما ما زاد على ذلك من حكم المعاوضة في الصداق لكونه عرضا عوضا عن المعتاد من الدنانير والدراهم أو من كون الزوج عبدا أو من كذا فليس ذلك بمحل يكتفى فيه بالصمت دليلا على الرضا فيرجع في ذلك إلى الأصل الذي هو الكلام المعرب عما ينطوي عليه الضمير (قال في المنهج السالك) والمستأذنات في النكاح على قسمين أبكار وثيبات فإذن البكر يكون بالصمت ويكون بالقول وإذن الثيب لا يكون إلا بالقول وقد استقصى الإمام القاضي أبو عبد الله المقري كل من يلزمها الكلام من الأبكار." (١)

"وثيب بعارض كالبكر وبالحرام الخلف فيها يجري كواقع قبل البلوغ الوارد وكالصحيح ما بعقد فاسد يعني أن الثيوبة الحاصلة بأمر عارض كحمل شيء ثقيل أو بالقفزة أو بكثرة الضحك فإنها كالعدم وكأنها ما زالت بكرا قائمة العذرة وتستمر عليها حكم الجبر الذي على البكر وأما إن حصلت الثيوبة بحرام أي بزنا أو غصب ففي بقاء الجبر عليها وانقطاعه قولان (التوضيح) القول بالجبر مذهب المدونة والقول بعدمه في الجلاب ، ثم شبه في الحكم السابق وهو استمرار الجبر وعدم انقطاعه ما إذا حصلت الثيوبة بنكاح واقع قبل البلوغ ، ثم مات الزوج أو طلق ورجعت قبل البلوغ أيضا ولا إشكال والإجبار هنا متفق عليه وإن رجعت بعد البلوغ ففي الجبر قولان ظاهر النظم الجبر لإطلاقه في النكاح الحاصل قبل البلوغ وأما الثيوبة بالنكاح الفاسد فإنها كالصحيح لا جبر معها (قال في المقصد المحمود) والثيوبة غير مسقطة للإجبار إن كانت من غير نكاح أو من نكاح فرجعت إليه قبل البلوغ واختلف إن بلغت هل يستمر الإجبار أو يرتفع (وقال ابن عات في طرره) واختلف لها كانت الإصابة من زنا أو غصب فقال في المدونة تجبر كالبكر

---

(١) شرح ميارة، ١/٤٣٠

قال عبد الوهاب الغصب والطوع سواء يجبران وقال ابن الجلاب الثيب بنكاح أو زنا سواء لا تجبر (وفي سماع عيسى) قال ابن القاسم وإذا زوج ابنته البكر فابتنى بها زوجها قبل أن تبلغ المحيض ، ثم طلقها أو مات عنها وهي غير بالغ فتزويجه جائز عليها من غير مؤامرتها ما لم تحض وهو قول." (١)

"وامتنع التفريق للصغار من أمهم إلا مع الإثغار ثم **بالإجبار** على الجمع القضا والخلف إن يكن من الأم رضا يعني أن من ملك أمة وولدها لا يجوز له أن يفرق بينهما بالبيع بأن يبيع أحدهما ، ويحبس الآخر أو يبيع الأمة لرجل والولد لرجل آخر مادام الولد صغيرا لم يثغر ، فإن أثغر جازت التفرقة (والإثغار) نبات رواضع الصبي بعد سقوطها .وهذه رواية ابن القاسم وبها القضاء ، وقيل الحد في ذلك البلوغ في الذكر والأنثى .(قال ابن عبد الحكم) : لا يفرق بينهما وإن بلغ .وإلى هذا أشار بالبيت الأول وأشار بالبيت الثاني أنه إذا وقع ونزل وفرق بينهما فإنه يجبر على الجمع بينهما في ملك شخص واحد ويقضى عليه بذلك فإن لم يفعل فسخ البيع وأنه إن رضيت الأم بالتفرقة فقولان بناء على أن الحق لها ولله تعالى وينبني على هذين القولين أيضا أنا إذا قلنا الحق للآدمي إذا فرقا يجبران على الجمع بينهما .وإن قلنا الحق لله فلا بد من فسخ البيع لأن العقد على أحدهما فاسد كالخمر .هذا خاص بالآدمي دون سائر الحيوان .(ابن ناجي) والتفرقة جائزة بين الحيوان البهيمي على ظاهر المذهب ، وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تجوز وأن حد عدم التفرقة أن يستغني عن آبائه بالرعي نقله التادلي .ا ه والأصل فيما ذكره ما أخرجه الترمذي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ﴿ من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ﴾ في الإشراف أجمع أهل العلم على القول." (٢)

"الرواية بالضمان وعلى هذا فلا خلاف في المسألة .ا ه .(تنبيه) تقدم أن **الإجبار** على الذبح ، إنما هو مفرع على استثناء الأرطال ، أما استثناء الجزء الشائع ، أو الجلد والرأس ، فلا يجبر على الذبح فيهما على المشهور وكذا تقدم أول كلام التوضيح المنقول آنفا ، أن الخلاف في الضمان مفرع على استثناء الأرطال والجلد والرأس ، وأما على استثناء الجزء الشائع فلا ضمان على المشتري ، لأنه شريك .." (٣)

"لا يكون أحق بالمبيع منهما إلا طالب التمسك وحده " ونفى أن يكون أحد قال غير هذا ا ه .(وفي المدونة) وإذا دعا أحد الشريكين إلى قسمة ثوب بينهما لم يقسم ويقال : لهما تقاوياه فيما بينكما

---

(١) شرح ميارة، ٤٣٤/١

(٢) شرح ميارة، ٣٠٣/٢

(٣) شرح ميارة، ٣١٣/٢

أو بيعاه فإذا استقرا على ثمن فلمن أبى البيع أخذه وإلا بيع قال أبو الحسن الصغير : " معنى تقاوياه تزايدا فيه " يريد برضاهما ، ومعنى تبعاه عرضاه للمساومة وقال الباجي : إن أرادوا المقاواة جاز ولا يجبر عليها من أبى ومن دعا إلى البيع أجبر عليه من أبى وقيل له خذ حظه بما أعطى وإلا بيع منه وقال أبو عمر في كافيه : وما كان مثل الدابة ، والعبد ، والسفينة ، وما لا يمكن قسمه بين الشركاء أجبروا على التقاوي أو البيع وصاحبه أولى به بأقصى ما يبلغ في النداء إن أراده ا هـ .فانظر قول أبي عمر : " أجبروا على التقاوي " مع قول أبي الحسن الصغير : " تزايدا فيه برضاهما " وقول الباجي : " ولا يجبر عليها من أبى " ففي الإجبار على المقاواة إذا قولان .(وفي المتيطية) وإن كان مما لا ينقسم بيع عليهم إلا أن يريد من كره البيع أن يأخذ ذلك بما يعطي فيه فيكون ذلك له ثم قال الباجي في وثائقه : " ويكون أحق به " .(قال ابن عبدوس) عن سحنون : " فإن اختلفوا في أخذه بعد بلوغه في النداء ثمنا ما ، فقال بعضهم : أنا آخذ ، وقال الآخر : أنا آخذ فإنهما يتزايدان " قال غيره في المجموعة : فإن قال بعضهم : نتزايد فيه ، وقال بعضهم : يقومه بيننا أهل المعرفة ، والعدل ، فمن كان دعا إلى المزايدة فذلك له قال بعض." [1]

"و في المشهور منسحب على بني المحجور ويعقد النكاح للإماء والنص في عقد البنات جائي وعقده قبل البلوغ جار بجعله في البكر كالإجبار يعني : أن الوصي على المحجور يكون وصيا أيضا على أولاد ذلك المحجور وينسحب نظره عليهم على القول المشهور ومقابله أنه لا ينسحب ولا يكون لوصي أبيهم عليهم نظر ، وعلى الانسحاب فله أن يعقد النكاح على إماء محجوره وبناته بعد البلوغ ولا إشكال وأما قبله فكذلك إذا جعل الموصي له الإجبار فقوله جار بجعله في البكر كالإجبار يعني إن عقد الوصي نكاح الأبكار من بنات محجوره جبرا قبل بلوغهن يجري مجرى الإجبار الحاصل بجعل الموصي ذلك للوصي في أبكار بناته فإذا جعل ذلك للوصي كان له جبر بنات المحجور كما يجبر بنات الوصي هذا مراده والله أعلم .فالألف واللام في لفظ الإماء والبنات بدل من ضمير يعود على المضاف إليه وهو المحجور لا على المضاف الذي هو بني ، أي : ويعقد الوصي نكاح إمائه ونكاح بناته .ففي نوازل ابن الحاج : اختلف الشيوخ رحمهم الله في الرجل إذا كان وصيا على سفيه فولد للسفيه ولد فهل للموصي أن ينظر على ابن السفيه كما ينظر على الولد أم لا ، فذهب القاضي محمد بن بقي بن زرب إلى أنه لا ينظر إليه وخالفه ابن عرفة وابن عتاب وابن القطان في ذلك وقالا : إنه ينظر عليه كما على أبيه ، قالا : والقضاء عندنا بذلك

---

(١) شرح ميارة، ١٢/٣

.ا هـ .وفي مفيد (ابن هشام) قال القاضي أبو الوليد بن رشد : وقد جاءت الرواية منصوصة عن مالك أن الوصي ينكح بنات." (١)

"(فأجاب) بما نصه : الحمد لله اختيار المرأة نفسها بعد تخيير زوجها لها بتة فالعقد عليها بعد العدة صحيح ولا تنتقل لعدة الوفاة بموت زوجها إلا الرجعية والله أعلم .==========#(ما قولكم) في يتيمة خيف فسادها فتولى عقد نكاحها رجل من جماعة المسلمين مع وجود عمها فهل يصح العقد ؟ ، وإذا قلتم بصحته فما حكم الإقدام عليه أفيدوا الجواب .فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله نعم صح العقد وليس لعمها رده إن كانت دنيئة أو شريفة ودخل الزوج بها وطال الزمن بعد دخوله كثلاث سنين فأكثر وإلا فله أو الحاكم إن غاب رده لدخولها في عموم قول الشيخ خليل وصح بها أي الولاية العامة في دنية مع خاص لم يجبر كشريفة دخل وطال ، وإن قرب فللأقرب ، أو الحاكم إن غاب الرد ، وأما الإقدام على ذلك ، فقد ذكر الحطاب أنه مكروه والخرشي أنه لا يجوز . وفي شرح الرسالة المشهور أنه يجوز قال ابن سلمون ، وإن زوج المرأة أجنبي مع وجود الولي ، فإن كان من له الإجبار كالأب لم يجز ، وإن أجازه ، وإن لم يكن له الإجبار فإما أن تكون ذات قدر ، أو دنيئة ، فإن كانت ذات قدر فقال مالك ما فسخه بالبين ولكنه أحب إلي وتوقف إذا أجازه بالقرب وقال ابن القاسم له إجازة ذلك ورده ما لم يبن . وفي المدونة إن دخل بها عوقبت المرأة والزوج والمنكح والشهود إن علموا ، وإن كانت دنيئة ففيها قولان أحدهما أن النكاح ماض مطلقا والثاني كذات القدر ا هـ . ، وقد عد في المختصر اليتيمة في الأبكار التي لا بد في رضاها من صريح القول والله أعلم .==========#وسئل بعضهم عن بكر غاب أبوها وانقطع خبره ، ولم يعلم مكانه وعدمت النفقة والكسوة وخافت الفساد فوكلت رجلا من جماعة المسلمين فزوجها لآخر بصداق مثلها فهل هذا العقد صحيح ، وإذا دخل بها وولدت منه أولادا ثم قدم أبوها وأراد فسخ نكاحها ، أو أخذ شيء من صداقها فلا يجاب لذلك .فأجاب بأن العقد صحيح ماض حيث لم يكن لها ولي خاص ، أو لها ولي خاص وهي دنيئة ، أو شريفة ودخل الزوج وطال ، وإذا قدم أبوها فليس له فسخ نكاحها ولا أخذ شيء من صداقها لقول الشيخ : وإن فقد فالأبعد يعني ، أو ذو الولاية العامة إن لم يكن ذو الولاية الخاصة والله أعلم .==========#(ما قولكم) فيما يفعل في بعض البلدان من اتفاق الزوج وولي الزوجة على أن المهر أربعون ريالا مثلا ويذكرون في حضرة الناس أنه ألف فهل ذلك جائز وهل إذا تنازعا في المستقبل يقضى على الزوج بدفع صداق السر ، أو

---

(١) شرح ميارة، ٣٩٧/٣

العلانية أفيدوا الجواب .فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله ذلك مكروه لتأديته للنزاع في المستقبل ، وإذا تنازعا في المستقبل قضي بصداق السر إن أقام الزوج بينة على أن المعلن لا أصل له وحينئذ فلا عبرة بدعوى الزوجة الرجوع عن صداق السر وإلا فلها تحليفه إن ادعت عليه الرجوع عن صداق السر ، فإن حلف قضي به ، وإن نكل حلفت وقضي بالمعلن ، وإن نكلت قضي بالسر قال في المجموع وكره صداق السر وعمل به إن أعلنا غيره وحلفته إن ادعت الرجوع عنه إلا لبينة أن المعلن باطل لا أصل له ا هـ والله أعلم .============." (١)

"فأجبت بما نصه : الحمد لله ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله نص ابن سلمون فإن عقد الخلع على اليتيمة أو غيرها ولي أو أجنبي فلها الرجوع على زوجها ، والطلاق ماض ، وهل يرجع الزوج على الذي عقد معه الخلع إذا لم يضمن ذلك أم لا في ذلك ثلاثة أقوال : أحدها : يرجع عليه ، وإن لم يكن ضمن له ؛ لأنه هو الذي أدخله في الطلاق ، وهو قول ابن القاسم ، وروايته عن مالك في كتاب الصلح من المدونة ، وقول أصبغ في الواضحة والعتبية . والثاني : أنه لا رجوع له عليه إلا أن يلتزم له الضمان ، وهو ظاهر قول ابن القاسم ، وروايته عن مالك في كتاب إرخاء الستور من المدونة ، وقول ابن حبيب أيضا . والثالث : أنه إن كان أبا أو ابنا أو أخا أو من له قرابة للزوجة فهو ضامن ، وإلا فلا ، وهو قول ابن دينار ا هـ . وهو ظاهر لا إجمال فيه ، وقوله هل مراده به غير المجبر بدليل قوله قبل ذلك بنحو ورقتين : لا يجوز للأب أن يمضي الخلع فيها دون إذنها ، وإن كانت في ولايته إذا كانت ثيبا على المشهور فإن كانت بكرا فله ذلك ، وكذلك كل من يملك **الإجبار** في النكاح كالسيد في الأمة ، وغيره يجوز له الإسقاط لذلك قبل الدخول لقوله تعالى ﴿ أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ﴾ وليس ذلك لوصي الأب ، ولا لغيره من الأولياء على رواية ابن القاسم عن مالك ، وروى ابن نافع إجازة ذلك إذا كان فعله على وجه النظر ، وقال أصبغ : إن كان بأقل من نصف الصداق فذلك جائز للوصي فعله في البكر ، والمعمول به ما رواه ابن القاسم عن مالك . ثم قال : وروي عن مالك أن ذلك لا يجوز ، وإن كانت صغيرة دون بلوغ زوجها أبوها ، ثم مات ، وقد أوصى بها فلا يجوز خلعها ، وإن أمضى ذلك عليها ، ولا يسوغ لوصيها فعل ذلك على رواية ابن القاسم عن مالك كالبكر ، وهو المشهور الذي به العمل ، وقيل : يجوز ذلك إذا كان نظرا كما تقدم ا هـ . وحاصل ما أفاده ابن سلمون أن خلع المجبر ماض لازم للزوجة فليس لها الرجوع بالمخالع به على الزوج ، ولا على المجبر ، وخلع غيره وليا كان أو أجنبيا غير لازم لها فلها الرجوع بالمخالع به على

(١) فتاوى ابن عليش، ١/ ٣٩٠

الزوج ، وفي رجوع الزوج بما غرمه لها على من عقد الخلع معه الأقوال الثلاثة ، وعاقد الخلع في النازلة ليس مجبرا فخلعه ليس لازما للزوجة فلها الرجوع بالمخالع به على الزوج فإن رجعت به عليه ففي رجوعه على الكافل الأقوال الثلاثة . وقد اقتصر ابن عرفة على الأول ، ونصه : وفيها للأب أن يخالع على ابنته الصغيرة بإسقاط كل المهر ، وإن خالع به عنها بعد البناء قبل بلوغها جاز عليها كالبكر اللخمي إن كانت ثيبا تأيمت قبل البلوغ ، ثم بلغت فقيل : يجبرها على النكاح فعليه له أن يخالع عنها ، وقيل : لا يجبرها فلا يخالع عنها ، وفي خلع الوصي عن يتيمته ، وإن زوجها أبوها قبل إيصائه إليه لرواية ابن نافع إجازة مالك ذلك إذا كان نظرا مع قول أصبغ إن خالع عمن في ولايته بأقل من نصف المهر قبل البناء لفساد وقع أو ضرر ، ولروايتها ولعيسى عن رجوع ابن القاسم إلى جواز مبارأة الوصي ، والسلطان على الصغيرة إن كان حسن نظر ، وهو أحسن ، وعلى الثاني المشهور قال ابن فتحون والمتيطي : للمحجورة أن تخالع بإذن وليها أو وصيها ، ويقول بعد إذنه لما رآه من الغبطة . وفي اختصار الواضحة قال فضل : قال ابن القاسم في المدونة : تجوز مبارأة الوصي عن البكر برضاها . قلت فالأرجح عقده على الوصي برضاها لا عليها بإذنه خلاف قصره بعضهم عليها بإذنه اتباعا للفظ الموثقين ، وأظنه لعدم ذكره قول ابن القاسم فيها." (١)

"قول المدونة : لا تزوج اليتيمة التي يولى عليها حتى تبلغ وتأذن ج .إلا أن يكون نص الأب في الوصية على **الإجبار** ، فينزل منزلته ونص في المختصر على أن الوصي ووصيه ينزل منزلة الأب في **الإجبار** بشرطين : على سبيل البدل .أحدهما أن يعين له الزوج والآخر أن يأمره الأب بالإنكاح ، وهذا الثاني نص عليه الشيخ بعد بقوله : ولا يزوج الصغيرة إلا أن يأمره الأب بإنكاحها ، فعلى هذا يحمل قول الشيخ هنا حتى تبلغ على ما إذا لم يأمره الأب بالإنكاح .لكن عبد الوهاب فسر قول الشيخ الآتي بما إذا عين الزوج كما تقف عليه ، وعليه فلا بد من اجتماع الشرطين المذكورين ، وما ذكره في غير الوصي كالجد والأخ هو المعروف من المذهب أنه لا يزوجها وقيل له جبرها إن كانت مميزة وخيف عليها الحاجة .ابن بشير اتفق المتأخرون عليه ، إن خيف فسادها ابن عبد السلام وعليه العمل ببلادنا اليوم مع زيادة بلوغ سنها عشر سنين مع مشورة القاضي وعلى هذا اقتصر صاحب المختصر .وما ذكره من أن إذنها صماتها مثله قول المدونة : إن قال لها وليها إني مزوجك فسكتت فذلك منها رضا .s." (٢)

---

(١) فتاوى ابن عليش، ١/٤٩٥

(٢) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٥/٧٤

"قوله : على الإجبار] أي صريحا أو ضمنا مثال الأول أجبرها ومثال الثاني زوجها قبل البلوغ ، وبعده دخل في الوصي الأنثى فلها الجبر حيث نص عليه ، ولا فرق في الوصي بين أن يكون حرا أو عبدا .[قوله : أحدهما أن يعين له الزوج] أي سواء أطلق أو قيد كزوجها منه إذا بلغت أو بعد ، كذا من السنين ، وهذا ما لم يكن المعين فاسقا ، إذ ليس للأب ولاية عليها بالنسبة للفاسق ، وكذا لو كان حال الإيصاء غير فاسق وتغير حاله ، فللوصي أن لا يزوج ، ولا يضر في المعين أن يكون له زوجات أو سراري ، ولا بد أيضا أن يكون ذلك المعين يفرض المثل فليس الوصي كالأب من كل وجه .[قوله : أن يأمر الأب بالنكاح] هذا على أحد القولين الذي هو الراجح ، ولو وافق خليلا لقال : أن يأمره الأب بالإجبار .والحاصل أن الوصي يجبر باتفاق إذا أمره الأب بالإجبار ، أو عين الزوج ، وإن لم يأمره بالإجبار ، ولا عين الزوج بل قال له زوجها : ممن أحببت أو زوجها أو أنكحها أو أنت وصي على بناتي أو على بضع بناتي أو على بعض بناتي والبعض مبهم فخلاف في الجبر وعدمه في هذه الصور ، والراجح الجبر في الجميع ، وأما لو قال : وصي فقط أو على مالي فلا جبر اتفاقا ، لكن لو زوج فالظاهر أنه يمضي ، والظاهر أنه إذا قال : أنت وصيي على كل شيء ، يجبر ، ويظهر أيضا أن له الجبر إذا قال : أنت وصيي على أولادي ، ولو أوصاه على بيع تركته أو قبض ديونه لا جبر لكن لو جبر وزوج لصح .[قوله : وعليه فلا بد من إلخ]." (١)

"يجبروا السفيه أو لا خلاف .تتمة : وجبر الوصي الصغير حيث يجبر الصغيرة بأن أمره الأب به إن عين له الزوج ، وأما إذا لم يأمره الأب بالإجبار ، ولا عين الزوج ، فإنه لا يجبره ، ويزوجه بدون جبر إذا طلب الطفل ذلك وكان في تزويجه مصلحة ، وأما المجنون فيجبر مطلقا ، ولا يتأتى في السفيه أن يقال : حيث يجبر ؛ لأنه بالغ ، ولا يرد أن الوصي يجبر البالغة إن عين الأب الزوج ؛ لأن جبرها له معلل بالبكارة فله فيها الجبر ومقدم القاضي مثله .تنبيه : اعلم أن صداقهم أعني الصبي والسفيه والمجنون على الأب إن كانوا ، وقت الجبر معدمين لا فرق بين حياة الأب وموته ، ويتبع به كدين لزم ذمته وسواء بقي الولد على فقره أو أيسر بعد جبره ، ولو قبل الفرض في التفويض ، ولو شرط الأب الصداق على الولد لم يسقط عنه ، فإن لم يكونوا ، وقت الجبر معدمين بل كانوا أغنياء ، ولو ببعضه فإن ما أيسروا به من كل أو بعض عليهم دون الأب ، وسواء شرط عليهم أو سكت عنه إلا أن يشترط على الأب فيكون عليه ، فلو أعدم الأب كما أعدموا اتبع الأب ، وأما لو كان رشيدا وتطارحوا كما لو زوج الأب ولده الرشيد وباشر العقد بإذنه بصداق ، ولم يبين الصداق على أيهما ، فقال الرشيد إنما أردت أن الصداق على الأب أو اشترطته عليه .وقال

---

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٧٥/٥

الأب إنما أردت أن يكون على الابن أو اشترطته عليه ، فإن النكاح يفسخ ، ولا شيء على واحد منهما إن لم يبن بالزوجة والراجح أنه يفسخ مطلقا حلفا أو لا أو حلف أحدهما ،." (١)

"[قوله : وقال غيره إلخ] تقدم أن هذا من الصيغ الخمس التي هي محل الخلاف ، وأن الراجح فيها الجبر [قوله : وأن أحدهما كاف على ما في المختصر] فيه شيء ؛ لأن الذي في المختصر أمره الأب بالإجبار وفرق بينه وبين الأمر بالتزويج [قوله : كل ذكر يدلي بنفسه] كالابن .وقوله أو بذكر مثله كابن الابن ، وقوله والأقوى تعصيبا يقدم فيقدم الأخ الشقيق مثلا على الأخ للأب [قوله : وقد قال قبل هذا] أي ما يناقضه [قوله : والمقصود أن ما هنا يرد إلى ما تقدم] بأن تقول الولي لا يكون من العصبة أي من ذوي الأرحام فلا ينافي أنه قد يكون غير عاصب بأن يكون كافلا أو حاكما [قوله : قال د ، ويخرج إلخ] يجعل الحصر إضافيا كما قررنا لا خروج [قوله : ومختصر الشيخ خليل] فيه نظر ؛ لأن المختصر قال فكافل ، وهل إن كفل عشرا أو أربعا أو ما يشفق تردد ، وظاهرها شرط الدناءة أي فقد حكى القولين بل ظاهره العموم من حيث تقديمه على ظاهر المدونة ، وقد ضعف مذهبها اللقاني واعتمده غيره .." (٢)

"عمت وإن طالت خصت فالأول كاشهدوا على أن زيدا وصيي ولم يزد على ذلك فإنه يكون وصيا عاما في جميع الأشياء فيزوج صغار بنيه لمصلحة ، والبنات إذا بلغن وأذن بالقول إلا أن يأمره الوصي بالإجبار أو يعين له الزوج على ما تقدم ، والثاني كما إذا قال : وصيي على الشيء الفلاني فإنها تختص بذلك الذي سماه .والذي يوصى على المحجور عليه الأب الرشيد أو وصيه أوصى الوصي أو الحاكم .وكذا الأم لها الإيصاء على الصغير بشروط : قلة المال وعدم ولي الصغير وأن يكون المال موروثا من الأم ، ويشترط في الموصى له الإسلام والتكليف والعدل والقدرة على القيام بما يتعلق بالمحجور عليه ، ولو كان الوصي أعمى أو امرأة أو عبدا ويتصرف بإذن سيده ، وليس للوصي عزل نفسه بعد القبول وموت الموصي وإنما يعزله الفسق والعجز هذا وصي النظر ، وأما لو أوصى على عتق عبد أو تفرقة ثلث فلا يشترط فيه العدالة تأمله .[قوله : يوجب حقا في ثلث إلخ] أخرج به ما يوجب حقا في رأس ماله مما عقده على نفسه في صحته ، فإن قلت : قولهم تجب إذا كان على الموصي دين يعارض هذا إذا لم يوجب العقد حقا في ثلث عاقده بل في جميع ماله .قلت : أجيب بأن الدين إن لم يعلم إلا بإقراره فهو وصية تخرج من

---

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٩٨/٥

(٢) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ١٠١/٥

الثلث ، وإن كان ثابتا بالبينة فالوصية لم توجبه عليه وإنما أوجبه عليه البينة .[قوله : يلزم بموته] صفة لعقد أخرج به المرأة إذا وهبت أو التزمت ثلث مالها ولها زوج ، أو من التزم ثلث ماله لشخص." (١)

"شرط العدالة خاص بالوصي على مال يتيم أو على اقتضاء دين أو قضائه خيفة أن يدعي غير العدل الضياع ، وأما فيما يختص بالميت كالوصية بالثلث أو بالعتق فيجوز إلى غير العدل قاله العلامة خليل في توضيحه ، وذكر بعض شراحه أنه وإن لم تشترط العدالة لا بد من الإسلام لقوله فيما مر ومنع ذمي من بيع أو شراء أو تقاض .[قوله : في المال بوفاء إلخ] لا يخفى أنه بصدد التكلم على القسم الثاني وهو النظرية ، وما ذكر من القسم الأول الذي هو المالية فإذا في العبارة شيء [قوله : وفي صغار إلخ] معطوف على قوله : في المال .وقوله : بالولاية أي التصرف في صغار ولده بالولاية أي بآثار الولاية كما هو ظاهر ، فقوله : وإنكاح من جملة آثار الولاية فهو من عطف الخاص على العام والنكتة ظاهرة ، ومثال ذلك أن تقول : فلان وصيي فيعم جميع الأشياء ، ومن ذلك أن يزوج صغار بنيه ومن بلغ من كبار بناته بإذنهن وذلك مصدوق من في قوله : من يجوز إنكاحه ، إلا أن يأمره الأب **بالإجبار** أو يعين له الزوج فيجبر ، وإن خص بشيء اختص به ولا يتعداه إلى غيره ، وقد تقدم ما يتعلق بذلك في النكاح .[قوله : أو ما يقوم مقام ذلك] أي من الإشارة مثلا [قوله : إليه] فيه التفات من الخطاب إلى الغيبة إذ لو جرى على السياق لقال إليك .[قوله : وللوصي أن يتجر في أموال اليتامى] أي يعطيها لمن يعمل فيها قراضا على أن يكون الربح للأيتام [قوله : ويزوج إماءهم] سواء زوجهم من عبيدهم أو غيرهم ، وكذا." (٢)

"قال: وكذلك إذا كان يأخذ الدراهم على صحبة الأحداث على ما حكاه الداودي،(١)وكان شيخنا. رحمه الله . يقول:الصواب التصدق به كثمن الخمر.أقول: إن كان أراد بأخذ الدراهم على صحبة الأحداث أن يكون أخذها على أن يقودهم إلى من أعطاه إياها فهو من معنى الاستئجار على المحرم، والاستئجار عليه كبيعه، وقد سبق ما يكفي فيه.الثالث عشر: **الإجبار** على الكفارات.قال: ومنها ما أحفظه عن اللخمي في تبصرته أنه من ظهر عليه الفطر في رمضان فإنه يعاقب عقوبة موجعة ويجبر على الكفارة، وكذلك سائر الكفارات من الظهار والقتل، وإن كان ابن بشير تعقب الأول بأن العقوبة بالمال لا تضاف إليها العقوبة بالأبدان، وبالقياس على المقدرات، ولإجراء اللخمي مسألة الفطر على شاهد الزور، وإذا جاء تائبا من تلقاء نفسه.أقول: إن كان مراده الاستدلال على العقوبة بالمال بشرع الكفارات، فقد تقدم رده حيث نقل ذلك

---

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٢٢٦/٦

(٢) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٢٩٤/٧

القياس عن ابن بشير، وإن كان مراده وهو الظاهر الاستدلال بالجبر على الكفارة، فهو مردود من وجوه:____________(١) : أبو جعفر أحمد ابن نصر الداودي الأسدي الطرابلسي، الإمام الفاضل العالم المتفقه ،من أئمة المالكية بالمغرب. لم يتفقه في أكثر علمه على إمام مشهور .له شرح الموطأ والواعي في الفقه والنصيحة في شرح النجاري .توفي بتلمسان سنة ٤٠٢هـ.شجرة النور ١١٠-١١١- فهرست ابن خير ٥٣٣-الديباج٥٣ -ترتيب المدارك ١٠٤/٧.." (١)

"أجابته بما يقتضي بره أو حنثه أو سكتت (أو) الأمر بلا جبر في كل حال (إلا أن تجيب) الزوجة (بما يقتضي الحنث فينجز) عليه الطلاق جبرا ، وفي بعض النسخ فيجبر في الجواب (تأويلان) نقلهما عياض عن بعضهم (وفيها) أي المدونة (ما يدل لهما) أي التأويلين والمذهب الأول وإن قال لها إن كنت دخلت الدار فأنت طالق فقالت دخلت فإن صدقها جبر على فراقها ، وإن كذبها أمر به بلا جبر ، وسواء فيهما رجعت عن قولها أو لم ترجع .قال في المدونة وإن قال لها إن كنت دخلت الدار فأنت طالق فقالت قد دخلت فكذبها ثم قالت كنت كاذبة أو لم تقل فإنه يؤمر بالفراق ولا يقضى عليه به ا هـ أبو الحسن انظر إجابتها بالموافقة ولم يوجب طلاقها فقال يؤمر ولا يقضى عليه به ، وقال فيما تقدم فيمن قال لزوجته إن كنت تحبين فراقي فأنت طالق فقالت أنا أحبه قال فليفارقها وظهر بالقضاء ، فيحتمل أن يكون الفرق بينهما أن مسألة المحبة لا يتوصل فيها إلى تكذيبها ، وهذه المسألة يتوصل فيها إلى ذلك الشيخ وهذا الفرق لم أره لغيره .ا هـ .وقد ذكر في مسألة المحبة أن المؤول هو قولها فليفارقها وأن الدال لحمله على عدم الجبر هو كلامها في مسألة دخول الدار والدال لحمله على الجبر مع أنه المتبادر منه هو قولها فيمن شك كم طلق لا تحل له ولا سبيل له إليها فظاهره الجبر .عياض وهذا كلة أصل مختلف في **الإجبار** في الطلاق المشكوك فيه انظر أبا الحسن أفاده البناني .." (٢)

"(لا) تجوز المهايأة (في غلة) للمشترك إن كانت بأكثر من يوم ، بل (ولو يوما) كخذ غلته يوما وأنا آخذها يوما ، وهكذا للغرر .وأشار بولو إلى قول محمد تسهل في اليوم الواحد ." ق " ابن المواز لو كانت الدابة بينكما فلا يجوز أن تقول له ما كسبت اليوم فلي ، وما تكتسب غدا فلك ، وكذلك العبد بينكما .قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه عنه إن قال استخدمه أنت اليوم وأنا غدا فهو جائز ، وكذلك شهرا وأنا شهرا .محمد لا يجوز في الكسب ولو يوما واحدا ، وقد سهله مالك رضي الله تعالى عنه في

---

(١) مطالع التمام ونصائح الأنام ومنجاة الخواص والعوام في رد إباحة إغرام ذوي الجنايات والإجرام، ص/٢٧٦

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٧٧/٨

اليوم وكرهه في أكثر منه .ا هـ .(تنبيهان) الأول : الباجي وعبد الوهاب عن المذهب إنما تجوز قسمة المهايأة وهي قسمة المنافع بالمراضاة لا بالإجبار والقرعة ، وعلى هذا اقتصر ابن عرفة ، وبه قطع عياض .والذي في المقدمات لا تجوز القسمة بالمهايأة على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من أباها ولا تكون إلا بالمراضاة .الثاني : في المقدمات من هذا الباب قسمة الحبس للاغتلال فقيل إنه يقسم ويجبر على القسم من أباه ، وينفذ بينهم إلى أن يحدث بينهم من الموت أو الولادة ما يغيره بزيادة أو نقصان .واحتج من ذهب إلى هذا بقولهم فيمن حبس في مرضه على ولده وولد ولده أن الحبس يقسم بينهم أي على عدد الولد وولد الولد ، وبغير ذلك من الظواهر الموجودة في مسائلهم .وقيل إنه لا يقسم بحال .واحتج من ذهب إلى ذلك بقول مالك رضي الله تعالى عنه في المدونة إن الحبس مما لا يقسم ولا يجزأ .." (١)

"ومن غيرها لأن الإجبار على بيع جميع العبد الوصي يكره على أصل الإيصاء بالإبطال ، وإذا جاز أن يشتري للأصاغر نصيب الكبار منه بالقيمة ، كأخذ ما يجاور المسجد لتوسعته فلا يجري ذلك في مشترك غير العبد الوصي ، ثم نقل عن التادلي أن مسألة اللخمي ليست خاصة بمسألة العبد .(تنبيه) .البناني المناسب لفقه هذه المسألة أن يقال ومن دعي لبيع جملة ما لا ينقسم من عقار وغيره لنقص حصته إن بيعت مفردة مكن منه إذا كان في التشارك فيه ضرر ، ثم للآبي أخذه بما يعطى فيه قبل بيعه .فإن بيع مضى ولا يكون أحق إلا بما فيه الشفعة ، كذا في المدونة ، والله أعلم .ابن عبد السلام والموضح المذهب أن المبيع إذا وقف على ثمن بعد البداء على جميعه أن لمن أراد أخذه من الشريكين بذلك الثمن فله ذلك سواء كان طالب بيعه أو آبيه وبه القضاء .وقال الداودي ليس التمسك إلا لغير طالبه وعليه حملت المدونة .." (٢)

"التوضيح : وقيل : يجوز في الأمة لخفة الأمر فيها والأصح ومقابله روايتان .(فرع) وعلى المشهور أنه لا بد من فسخه فإن فسخ قبل البناء سقط الصداق عن الزوج ورجع به إن استهلكته ، أو ما نقص إن تجهزت به وإن لم يساوه الجهاز رجع على الذي زوجه إن غره ولم يعلمه أنه شريك يريد ويأخذ الجهاز وإن فسخ بعده وإن أجازه الشريك فإنما له نصف المسمى وإن لم يجزه ، أو أجازه ولم يرض بالصداق فالمشهور أن له الأكثر من المسمى وصداق المثل ويرجع الزوج بالزائد على الذي زوجه إن غره ويريد الجهاز بأن قال : هي حرة ، أو هي لي وحدي والشاذ لأشهب أن ماله نصف المسمى ابن المواز ولا شيء للعاقد من

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٥/١٥٢

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٥/٢٥٦

الصداق إن غره فإن قال هي حرة ، أو هي لي وحدي قال الشيخان أبو محمد وأبو الحسن : وإذا رجع على الغار بما دفع إليه ترك له ربع دينار وقيل : لا يترك له شيئا وهذا إذا رضي الشريكان في الأمة بقسم المال وإن أباها أحدهما فعلى الزوج أن يكمل لها صداق المثل على المشهور ويكون بيدها فإذا اقتسماه رجع على الذي زوجها منه بما استفضل في نصفه إن لم يكن غره وبجميع الزيد إن غره كما ذكرناه ا هـ .كلام التوضيح ويمكن أن يخرج هذا من كلام المصنف لنفيه عنه الجبر وهذا مجبر إذا وافقه شريكه قال ابن عرفة : المالك ولو تعدد يجبر عبده وأمته ا هـ .وهذا هو الظاهر فيكون داخلا في قوله بعد : وبأبعد مع أقرب إن لم يجبر انتهى .فتحصل من هذا أن مالك البعض ولو انتفى عنه **الإجبار** فلا تنتفي." (١)

"عنه الولاية سواء كان البعض الآخر ملكا لآخر ، أو حرا فإن تزوج العبد ، أو الأمة بغير إذنه فإن كان البعض الآخر ملكا لآخر فتقدم حكمه وإن كان حرا فقال ابن الحاجب : ومن بعضه حر لا يجبر ولكنه كمالك الجميع في الولاية والرد قال في التوضيح : لأن البعض الحر لا تصرف له فيه قال في البيان : لا خلاف في ذلك وقوله كمالك الجميع في الولاية على الأمة وفي رد نكاح العبد ، أو الأمة إذا تزوجها بغير إذن السيد انتهى .وقال ابن عبد السلام : يعني أن المعتق بعضه والمعتق بعضها سواء كان الجزء العتيق يسيرا أو كثيرا لا يجبر واحد منهما على التزويج ؛ إذ لا تسلط للمالك إلا على الجزء الرقيق فلو أجبر السيد الأمة ، أو العبد المذكورين على النكاح لكان متصرفا في ماله ومال غيره ، ومعنى قوله : ولكنه كمالك الجميع ويفترقان في **الإجبار** خاصة وهذا بالنسبة إلى الأمة المعتق بعضها ، وأما العبد المعتق بعضه فلا يتصور فيه إلا الجبر خاصة فإذا انتفى الجبر لم يبق هناك مانع فقال : ولكنه كمالك الجميع في الولاية بالنسبة إلى الأمة وفي الرد بالنسبة إلى العبد ، أو وليهما انتهى .وهذا يقتضي أن من بعضها حر إذا تزوجت بغير إذن من له البعض فنكاحها باطل وهو ظاهر ؛ لأن غايتها أن تكون كأحد الشريكين في الأمة والله أعلم .ص (والمختار ولا أنثى بشائبة ومكاتب) ش : تصوره من كلام الشارح ظاهر وحيث انتفى إجبار السيد عنهم فلا تنتفي ولايته عنهم وله فسخ النكاح إن وقع بغير إذنه قال." (٢)

"ص (وجبر المجنونة) ش : قال في التوضيح وينبغي أن يلحق بالأب القاضي وهذا إذا كانت لا تفيق ، وأما إذا أفاقت أحيانا فلتنتظر إفاقتها انتهى .وفي شرح العمدة لمصنفها ما نصه : ولا يزوج غير الأب من الأولياء إلا بإذن ومن لا إذن لها كالمجنونة والسفيهة لا يزوجها إلا من له ولاية **الإجبار** والحاكم والبلوغ

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٤٩/١٠

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٥٠/١٠

المعتبر في الإذن بلوغ المحيض قال ابن حبيب ، أو بلوغ ثمان عشرة سنة واختلف في الإنبات فاعتبره ابن القاسم في المحتاجة لدفع الضرر ولم يعتبره ابن حبيب وقال : إن زوجت فسخ وإن بنى بها ، وقال غيره : لا يفسخ ؛ لأنه مختلف فيه انتهى وسيأتي الكلام على البلوغ عند قوله : فالبالغ .ص (والبكر) ش : ويستحب للأب استئذانها قال ابن العربي في العارضة : بواسطة لا مشافهة ؛ لأنها إن استحيت من ذكر النكاح مرة استحيت من ذكره مع أبيها مرارا وقال فيها قوله في الحديث ﴿ آمروا النساء في بناتهن ﴾ : هذا غير لازم بالإجماع وإنما هو مستحب فربما يكون عند أمها رأي صدر عن علم بها ، أو بالزوج ولأنه إذا كان برضاها حسنت صحبة زوج ابنتها." (١)

"ص " ونفقة العبد في غير خراج وكسب " ش (فرع) فإن لم يجد غيره فرق بينهما إلا أن يتطوع السيد بالنفقة ولا يباع العبد في نفقة زوجته ولا فرق بين عبد الخراج وغيره انتهى من التوضيح ومنه المدبر والمعتق لأجل كالعبد ، والمكاتب كالحر ؛ لأنه بان عن سيده بماله فإن عجز طلق عليه والمعتق بعضه في اليوم الذي يخصه كالحر وفي اليوم الذي يخص سيده كالعبد .ص (ولا يضمنه سيد بإذن التزويج) ش : هذا إذا أذن له ، وأما إن أنكحه فهو على من شرط عليه وإن سكتوا عنه فالمعروف أنه على العبد وقيل : على السيد ، وعلى المعروف فالمشهور أنه فيما حصل له من معروف انتهى .ص " ووصي " ش : يريد الذي له **الإجبار** وقاله ابن فرحون في شرح ابن الحاجب ووصي الوصي كالوصي قال في الشامل : لا غيرهم على المشهور وفي فسخه وثبوته إن دخل فطال قولان انتهى .." (٢)

"(الثالث) قال ابن عرفة عياض ظاهر مسائلها يدل على أن لأبي البكر دعاء الزوج للبناء الموجب للنفقة ، وإن لم تطلبه بنته ، وهو المذهب عند بعض شيوخنا ، وقاله أبو مطرف الشعبي بجبره إياها على العقد وبيع مالها وتسليمه ، وقال المأموني ليس له ذلك إلا بدعائها أو توكيلها إياه ، ومثله لابن عات .(قلت :) ظاهره كانت نفقتها على أبيها أو على مالها ، وإلا ظهر الأول في الأول والثاني في الثاني ، انتهى .(قلت :) في استظهاره الثاني في الثاني نظر ؛ لأنه وإن كانت نفقتها في مالها فلأبيها النظر فيه ، وليس من السداد أن تنفق منه ولها طريق إلى النفقة من غيره وأيضا فإنه يريد دخولها لصيانتها فتأمله والله أعلم .(

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٥٢/١٠

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٤٢٣/١٠

قلت :) والظاهر أن السيد في أمته كالأب وكذلك الوصي إذا كان له الإجبار ، وأما غيرهم فليس له ذلك إلا بدعاء الزوجة إلى ذلك والله أعلم .." (١)

"فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله نعم صح العقد وليس لعمها رده إن كانت دنيئة أو شريفة ودخل الزوج بها وطال الزمن بعد دخوله كثلاث سنين فأكثر وإلا فله أو الحاكم إن غاب رده لدخولها في عموم قول الشيخ خليل وصح بها أي الولاية العامة في دنية مع خاص لم يجبر كشريفة دخل وطال ، وإن قرب فللأقرب ، أو الحاكم إن غاب الرد ، وأما الإقدام على ذلك ، فقد ذكر الحطاب أنه مكروه والخرشي أنه لا يجوز . وفي شرح الرسالة المشهور أنه يجوز قال ابن سلمون ، وإن زوج المرأة أجنبي مع وجود الولي ، فإن كان من له الإجبار كالأب لم يجز ، وإن أجازه ، وإن لم يكن له الإجبار فإما أن تكون ذات قدر ، أو دنيئة ، فإن كانت ذات قدر فقال مالك ما فسخه بالبين ولكنه أحب إلي وتوقف إذا أجازه بالقرب وقال ابن القاسم له إجازة ذلك ورده ما لم يبن . وفي المدونة إن دخل بها عوقبت المرأة والزوج والمنكح والشهود إن علموا ، وإن كانت دنيئة ففيها قولان أحدهما أن النكاح ماض مطلقا والثاني كذات القدر ا هـ . ، وقد عد في المختصر اليتيمة في الأبكار التي لا بد في رضاها من صريح القول والله أعلم .." (٢)

"بكرا فله ذلك ، وكذلك كل من يملك الإجبار في النكاح كالسيد في الأمة ، وغيره يجوز له الإسقاط لذلك قبل الدخول لقوله تعالى ﴿ أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ﴾ وليس ذلك لوصي الأب ، ولا لغيره من الأولياء على رواية ابن القاسم عن مالك ، وروى ابن نافع إجازة ذلك إذا كان فعله على وجه النظر ، وقال أصبغ : إن كان بأقل من نصف الصداق فذلك جائز للوصي فعله في البكر ، والمعمول به ما رواه ابن القاسم عن مالك . ثم قال : وروي عن مالك أن ذلك لا يجوز ، وإن كانت صغيرة دون بلوغ زوجها أبوها ، ثم مات ، وقد أوصى بها فلا يجوز خلعها ، وإن أمضى ذلك عليها ، ولا يسوغ لوصيها فعل ذلك على رواية ابن القاسم عن مالك كالبكر ، وهو المشهور الذي به العمل ، وقيل : يجوز ذلك إذا كان نظرا كما تقدم ا هـ . وحاصل ما أفاده ابن سلمون أن خلع المجبر ماض لازم للزوجة فليس لها الرجوع بالمخالع به على الزوج ، ولا على المجبر ، وخلع غيره وليا كان أو أجنبيا غير لازم لها فلها الرجوع بالمخالع به على

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٢٨/١٢

(٢) فتح العلي المالك (فتاوى ابن عليش)، ١٦/٣

الزوج ، وفي رجوع الزوج بما غرمه لها على من عقد الخلع معه الأقوال الثلاثة ، وعاقد الخلع في النازلة ليس مجبرا فخلعه ليس لازما للزوجة فلها الرجوع." (١)

"فأما البكر البالغ ، فقال مالك والشافعي ، وابن أبي ليلى : للأب فقط أن يجبرها على النكاح . وقال أبو حنيفة ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبو ثور وجماعة : لا بد من اعتبار رضاها ، ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه . وسبب اختلافهم : معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم : وذلك أن ما روي عنه عليه الصلاة والسلام من قوله : " لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها " . وقوله : " تستأمر اليتيمة في نفسها " خرجه أبو داود ، والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة . وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور : " والبكر تستأمر " يوجب بعمومه استئمار كل بكر ، والعموم أقوى من دليل الخطاب ، مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة ، وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام : " والبكر يستأذنها أبوها " وهو نص في موضع الخلاف . وأما الثيب الغير البالغ ، فإن مالكا وأبا حنيفة قالا : يجبرها الأب على النكاح . وقال الشافعي : لا يجبرها . وقال المتأخرون : إن في المذهب فيها ثلاثة أقوال : قول : إن الأب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب . وقول إنه يجبرها وإن بلغت ، وهو قول سحنون . وقول : إنه لا يجبرها وإن لم تبلغ ، وهو قول أبي تمام . والذي حكيناه عن مالك : هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه . وسبب اختلافهم : معارضة دليل الخطاب للعموم : وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام : " تستأمر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة إلا بإذنها " ، يفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر ، إلا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ . وعموم قوله عليه الصلاة والسلام : " الثيب أحق بنفسها من وليها " يتناول البالغ وغير البالغ ، وكذلك قوله : " لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح حتى تستأذن " يدل بعمومه على ما قاله الشافعي . ولاختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر ، وهو استنباط القياس من موضع الإجماع ، وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ إلا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا في موجب **الإجبار** ، هل هو البكارة أو الصغر ؟ فمن قال : الصغر قال : لا تجبر البكر البالغ . ومن قال : البكارة قال : تجبر البكر البالغ ، ولا تجبر الثيب الصغيرة . ومن قال : كل واحد منهما يوجب **الإجبار** إذا انفرد ، قال : تجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ . والتعليل الأول تعليل أبي حنيفة ، والثاني تعليل الشافعي ، والثالث تعليل مالك . والأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة . واختلفوا في

---

(١) فتح العلي المالك (فتاوى ابن عليش)، ٣/٣٣٢

الثيوبة التي ترفع الإجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد ، فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها الثيوبة التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك ، وأنها لا تكون بزنى ولا بغصب . وقال الشافعي : كل ثيوبة ترفع الإجبار . وسبب اختلافهم : هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام : " الثيب أحق بنفسها من وليها " بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية ؟ . واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح ، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها لما ثبت :." (١)

"على ذلك ، وبه قال مالك وأصحابه . وقالت فرقة بل يندب إلى ذلك ولا يجبر ، وبه قال الشافعي ، وأبو حنيفة ، والثوري ، وأحمد . والذين أوجبوا الإجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الإجبار : فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره : يجبر ما لم تنقض عدتها . وقال أشهب : لا يجبر إلا في الحيضة الأولى . والذين قالوا بالأمر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة إن شاء ، فقوم اشترطوا في الرجعة أن يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وجماعة . وقوم قالوا : بل يراجعها ، فإذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها : فإن شاء أمسك وإن شاء طلق ، وبه قال أبو حنيفة والكوفيون . وكل من اشترط في طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يمسها فيه لم ير الأمر بالرجعة إذا طلقها في طهر مسها فيه . فهنا إذا أربع مسائل : أحدها : هل يقع الطلاق أم لا ؟ . والثانية : إن وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ؟ . والثالثة : متى يوقع الطلاق بعد الإجبار أو الندب ؟ . والرابعة : متى يقع الإجبار . [المسألة الأولى] [هل يقع الطلاق في الحيض ؟] أما المسألة الأولى : فإن الجمهور إنما صاروا إلى أن الطلاق إن وقع في الحيض اعتد به ، وكان طلاقا ، لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : " مره فليراجعها " . قالوا : والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق ، وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج : " أنهم أرسلوا إلى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : نعم " . وروي أنه الذي كان يفتي به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعا فإنه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم : " كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد " . وقالوا : أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه . وبالجملة فسبب الاختلاف : هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة وإجزاء ، أم شروط كمال وتمام ؟ . فمن قال : شروط إجزاء قال : لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة . ومن قال : شروط كمال وتمام قال : يقع ، ويندب إلى أن يقع كاملا ، ولذلك

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٣٩٦

من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض ، فتدبر ذلك . [المسألة الثانية] [إن وقع الطلاق في الحيض هل يجبر على الرجعة ؟] وأما المسألة الثانية (وهي هل يجبر على الرجعة أو لا يجبر ؟) : فمن اعتمد ظاهر الأمر – وهو الوجوب." (١)

"على ما هو عليه عند الجمهور – قال : يجبر . ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعا قال : هذا الأمر هو على الندب . [المسألة الثالثة] [متى يوقع الطلاق بعد الإجبار ؟] وأما المسألة الثالثة (وهي : متى يوقع الطلاق بعد الإجبار) : فإن من اشترط في ذلك أن يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، فإنما صار لذلك لأنه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم ، قالوا : والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض ، لأنه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لأنه كان يكون كالمطلق قبل الدخول . وبالجملة فقالوا : إن من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء ، وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله ، وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب . وأما الذين لم يشترطوا ذلك ، فإنهم صاروا إلى ما روى يونس بن جبير وسعيد بن جبير ، وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث أنه قال : " يراجعها ، فإذا طهرت طلقها إن شاء " . وقالوا : المعنى في ذلك : أنه إنما أمر بالرجوع عقوبة له ، لأنه طلق في زمان كره له فيه الطلاق ، فإذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه . فسبب اختلافهم : تعارض الآثار في هذه المسألة ، وتعارض مفهوم العلة . [المسألة الرابعة] [متى يجبر على الرجعة ؟] وأما المسألة الرابعة (وهي : متى يجبر الزوج على مراجعة زوجته إذا طلقها في الحيض) : فإنما ذهب مالك إلى أنه يجبر على رجعتها لطول زمان العدة لأنه الزمان الذي له فيه ارتجاعها . وأما أشهب فإنه إنما صار في هذا إلى ظاهر الحديث ، لأن فيه : " مره فليراجعها حتى تطهر " . فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة ، وأيضا فإنه قال : إنما أمر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة ، فإنه إذا وقع عليها الطلاق في الحيضة لم تعتد بها بإجماع ، فإن قلنا : إنه يراجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول ، وعلى هذا التعليل فينبغي أن يجوز إيقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة . فسبب الاختلاف : هو سبب اختلافهم في علة الأمر بالرد .الباب الثالث في الخلعواسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤول إلى معنى واحد وهو

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٤٤٦

: بذل المرأة العوض على طلاقه ، إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها ، والصلح ببعضه ، والفدية بأكثره ، والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه على ما زعم الفقهاء .." (١)

"ومن ذلك الأثر الثابت الذي جاء فيه : " أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ، فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم ، فأعتق ثلث ذلك الرقيق " . وأما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتقويم ، أو بغير تقويم وتعديل، فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة، لأنها بيع من البيوع ، وإنما يحرم فيها ما يحرم في البيوع .الفصل الثاني . في العروض . وأما الحيوان ، والعروض : فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل في ذلك . واختلفوا إذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منهما ، ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع ، وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه ، فقال مالك ، وأصحابه : يجبر على ذلك ، فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطى فيها أخذه . وقال أهل الظاهر : لا يجبر، لأن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب ، أو سنة ، أو إجماع . وحجة مالك أن في ترك **الإجبار** ضررا ، وهذا من باب القياس المرسل ، وقد قلنا في غير ما موضع : إنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلا مالك ، ولكنه كالضروري في بعض الأشياء . وأما إذا كانت العروض أكثر من جنس واحد : فاتفق العلماء على قسمتها على التراضي . واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمة ، فأجازها مالك ، وأصحابه في الصنف الواحد ، ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة ، وابن الماجشون . واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي تجوز فيه السهمة من التي لا تجوز : فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض . وأما ابن القاسم فاضطرب : فمرة أجاز القسم بالسهمة فيما لا يجوز تسليم بعضه في بعض ، فجعل القسمة أخف من السلم . ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم . وقد قيل : إن مذهبه أن القسمة في ذلك أخف ، وأن مسائله التي يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثاني . وذهب ابن حبيب إلى أنه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز ، والحرير ، والقطن ، والكتان . وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمة بالسهمة مع التراضي ، وذلك ضعيف، لأن الغرر لا يجوز بالتراضي .الفصل الثالث في معرفة أحكامها فأما المكيل ، والموزون : فلا تجوز فيه القرعة القسمة باتفاق إلا ما حكى اللخمي . والمكيل أيضا لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائدا : فإن كان صنفا واحدا، فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٤٤٧

بالكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أحد الشريكين ، ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفضيل البين كان ذلك من الربوي ، أو من غير." (١)

"مدركا، أما من ليس لها ولي أصلا فتزويجها القاضي لغير كفء بطلبها التزويج منه صحيح على المختار خلافا للشيخين.[فرع]: لو زوجت من غير كفء **بالإجبار** أو بالإذن المطلق عند التقييد بكفء أو بغيره لم يصح التزويج لعدم رضاها به، فإن أذنت في تزويجها بمن ظنته كفؤا فبان خلافه صح النكاح ولا خيار لها لتقصيرها بترك البحث نعم لها خيار إن بان معيبا أو رقيقا وهي حرة.[تتمة]: يجوز للزوج كل تمتع منها بما سوى حلقة دبرها ولو بمص بظرها أو استمناء بيدها، لا بيده، وإن خاف الزنا، خلافا لأحمد، ولا افتضاض بأصبع. ويسن ملاعبة الزوجة إيناسا، وأن لا يخليها عن الجماع كل أربع ليال مرة بلا عذر، وأن يتحرى بالجماع وقت السحر، وأن يمهل لتنزل إذا تقدم إنزاله، وأن يجامعها عند القدوم من سفره، وأن يتطيبا للغشيان، وأن يقول كل، ولو مع اليأس من الولد، بسم الله اللهم جنبنا الشيطان. وجنب الشيطان ما رزقتنا. و أن يناما في فراش واحد والتقوي له بأدوية مباحة بقصد صالح: كعفة ونسل وسيلة لمحبوب فليكن محبوبا فيما يظهر. قاله شيخنا: ويحرم عليها منعه من استمتاع جائز. ويكره لها أن تصف لزوجها أو غيره امرأة أخرى لغير حاجة. وله الوطء في زمن يعلم دخول وقت المكتوبة فيه وخروجه قبل وجود الماء وأنها لا تغتسل عقبه وتفوت الصلاة.(."(٢)

"الولي المالك ثم الابن وإن سفل ثم الأب وروي الأب ثم الابن ثم الأخ ثم ابنه ثم الجد وقال المغيرة الجد أولى من الأخ ابنه ثم العم ثم ابنه على ترتيبهم في الإرث وفي تقديم الشقيق من الأخ والعم وابنه على الآخر روايتان لابن القاسم والمدونة ثم المولى الأعلى لا الأسفل على الأصح ثم عصابته ثم معتقه ثم عصبات معتقه على ما ذكر فالمالك يجبر الأمة والعبد ولا يجبر هو لهما وتوكل المالكة في أمتها وليها أو غيره ويوكل المكاتب في أمته وإن كره سيده بشرط ابتغاء الفضل والوصي يزوج رقيق الموصى عليه بالمصلحة ومن بعضه حر لا يجبر ولكنه كمالك الجميع في الولاية والرد ومن فيه عقد حرية ثالثها يجبر الذكور ورابعها يجبر من له انتزاع ماله والأب يجبر الصغيرة والبالغ البكر بغير إذن وقيل يستحب استئذانها والمجنونة والثيب بعارض كالبكر وفي الثيب بحرام قولان والثيب بالنكاح الفاسد مثلها بالصحيح وفي العانس قولان وهي المباشرة والعارفة---جامع الأمهات ج:١ ص:٢٥٥بالمصالح قال ابن القاسم وسنها أربعون وقال ابن

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٦١٤

(٢) فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، ١/٣٧٤

وهب ثلاثون وفيمن طالت إقامتها بعد الدخول وطلقت قبل المسيس قولان وي تحديده بسنة أو بالعرف قولان وفي الثيب تبلغ بعد الطلاق قولان ووصي الأب ووصيته بالنكاح وقيل إلا في **الإجبار** وقي لإلا أن يفهم **الإجبار** وقيل أولى من البكر البالغ وقيل هو والولي سواءوقيل الولي أولى وقيل كالأجنبي وقال أصبغ إذا قال في مرضه إذا مت فقد زوجت ابنتي من فلان فمجمع على إجازته وهو من وصايا المسلمين وفي الصحة قولان وبقية الأولياء يزوجون البالغ خاصة على الأصح بإذنها وإن كانت سفيهة وتوكل المعتقة والوصية ويستحب إعلام البكر إن صمتها إذن مرة وقيل ثلاثا فإن منعت لم تزوج وإن قالت ما علمت أن الصمت إذن لم يقبل على الأصحوالبلوغ." (١)

"(وجبر وصي) ، وإن نزل كوصي الوصي (أمره أب به) أي بالجبر ، ولو ضمنا كزوجها قبل البلوغ وبعده (أو) لم يأمره به ولكن (عين له الزوج) ولكن لا جبر للوصي إلا إذا بذل الزوج مهر المثل ولم يكن فاسقا فليس هو كالأب من كل وجه (وإلا) يأمره الأب **بالإجبار** ولا عين له الزوج بأن قال له أنت وصي على بناتي أو بنتي فلانة أو زوجها ممن أحببت (فخلاف) والراجح الجبر (وهو) أي الوصي (في الثيب) الموصى على نكاحها (ولي) من أوليائها يزوجها برضاها ويكون في مرتبة الأب (وصح) النكاح بقول الأب (إن مت) في مرضي هذا (فقد زوجت ابنتي) لفلان وكان قوله المذكور (بمرض) مخوف أم لا طال أو قصر إذا مات منه وصحته مجمع عليها ؛ لأنه من وصايا المسلمين (وهل) صحته (إن قبل) الزوج (بقرب موته) أي بعد موته بقرب لا قبله أو يصح ، ولو ببعد (تأويلان) والقرب بالعرف (ثم) بعد السيد والأب ووصيه .s." (٢)

"من الصداق بعد الموت ، ولو قبل البناء كما نص عليه المازري ذكره شيخنا .(قوله : وقبضه مجبر) أي وهو الأب في ابنته البكر ، ولو عانسا والثيب إن صغرت والسيد في أمته بالغة أم لا ثيبا أم لا .(قوله : ووصي) أي أوصاه الأب بإنكاحها وأمره بجبرها أو عين له الزوج .(قوله : وكذا ولي سفيهة) أي المولى على النظر في مالها سواء كان له تولية العقد كالأب أو لا كالأجنبي ، فولي العقد فقط لا يقبض صداقها ، ولو كان أخا أو أبا فإن كانت السفيهة مهملة فلا تقبض صداقها كما قال ابن عرفة بل يرفع أمرها للحاكم فإن شاء قبضه واشترى لها به جهازا ، وإن شاء عين لها من يقبضه ويصرفه فيما يأمره به مما يجب لها فإن لم يكن حاكم أو لم يمكن الرفع إليه أو خيف على الصداق منه حضر الزوج والولي والشهود فيشترون لها

---

(١) جامع الأمهات لابن الحاجب، ص/١٤٩

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٧٥/٧

بصداقها جهازا ويدخلونه بيت البناء كما ذكره المتيطي وابن الحاج في نوازله عازيا ذلك لمالك انظر بن .(قوله : وصي المال) أي الوصي الذي أوصاه الأب أو أقامه القاضي على النظر في مالها أي وأما الوصي الذي أمره الأب بالإجبار أو عين له الزوج فهو مندرج في المجبر .(قوله : ولو لم تقم بينة) ظاهرة على التلف فيرد عليه أن قوله وحلف مشكل مع ما قبل المبالغة ؛ لأنه إذا قامت له بينة على التلف صدق من غير يمين على تصديقهما عند قيام البينة أمر ضروري لا يحتاج للنص عليه وأجاب بعضهم بأن الواو في قوله : ولو لم تقم بينة للحال وقرر المتن بتقرير آخر .." (١)

"(ولو) أوقع الطلاق في طهر (لمعادة الدم) أي على امرأة يعاودها الدم (لما) أي في زمن (يضاف فيه) الدم الثاني (للأول) وهي التي تقطع طهرها بأن عاودها الدم قبل طهر تم وقد طلقها وقت طهرها قبل تمام الحيض فإنه يجبر على رجعتها وإن لم يحرم عليه طلاقها بأن ظن عدم عوده (على الأرجح) عند ابن يونس وهو المعتمد (والأحسن) عند الباجي (عدمه) أي عدم الجبر لأنه طلق حال الطهر والجبر يستمر (لآخر العدة) أي إذا غفل عنه حين الطلاق في الحيض إلى أن طهرت ثم حاضت ثم طهرت ثم حاضت فإنه يجبر على رجعتها ما بقي شيء من العدة هذا هو المذهب وقال أشهب يجبر ما لم تطهر من الحيضة الثانية لأنه عليه الصلاة والسلام قوله أباح في هذه الحالة طلاقها فلم يكن للإجبار معنى والإجبار أن يأمره الحاكم أو بارتجاعها فإن امتثل فظاهر (وإن أبى هدد) بالسجن (ثم) إن أبى بعد التهديد به (سجن) بالفعل (ثم) إن أبى من الارتجاع هدد بالضرب فإن أبى (ضرب) بالفعل ويكون ذلك كله (بمجلس) واحد لأنه في معصية فإن ارتجع فظاهر (وإلا ارتجع الحاكم) بأن يقول ارتجعت لك زوجتك (وجاز الوطء به) أي بارتجاع الحاكم ولو لم ينوها الزوج لأن نية الحاكم قائمة مقام نيته (و) جاز به (التوارث والأحب) للمراجع طوعا أو جبرا إن أراد طلاقها بعد الرجعة (أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر) وإنما أمر بعدم طلاقها في الطهر الذي يلي الحيض الذي طلق فيه لأن الارتجاع جعل." (٢)

"مجاز ؛ لأن المراد أن يأتي بالورقة مكتوبا فيها وصيته لابنه بكثير ولم يثبت أنه خط الميت .(قوله جعلها) أي جعل الموصي الوصية كلها بالثلث لابني .(قوله لاحتمال أن يكون غير فيها) هذا ظاهر إذا كانت بغير خط الموصي وأما إذا ثبت أنها بخطه فلا تهمة وتنفذ حينئذ ولو كان فيها وصية لابنه بكثير

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٦٦/٨

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٣/٩

كما قال أولا .(قوله وإن قال) أي الموصي فلان وصي فقط يعم هذا أول الكلام على الأوصياء .واعلم أن طريقة ابن رشد أن الوكالة كالوصية فإذا قال فلان وكيلي فإنه يعم قال في المقدمات وهذا هو قولهم في الوكالة إذا قصرت طالت وإن طالت قصرت ومشى المصنف في الوكالة على خلاف هذه الطريقة إذ قال لا بمجرد وكلتك وهي طريقة ابن بشير وابن شاس فهي عندهم باطلة حتى يعم أو يخص وكأنهم لاحظوا أن الموكل حي يمكنه الاستدراك بخلاف الموصي ا هـ بن .(فرع) لو قال فلان وصي وتبين أن فلانا ميت وله وصي فإن علم بموته كان وصيه وصيا وإلا فلا وبطلت كما تبطل إن علم بموته ولم يكن له وصي ا هـ عج .(قوله حتى تزويج بناته البالغات بإذنهن) أي ويقدم على العاصب كالأخ والعم وحتى تزويج صغار بنيه .(قوله بشروطها) أي إذا خيف عليها الفساد في مالها أو حالها والمراد بالشروط الجنس ؛ لأن المعول عليه أن المدار على هذا الشرط فقط (قوله إن أمره به) أي **بالإجبار** أو عين له الزوج أي فله حينئذ جبرهن سواء كن صغارا أو كبارا .(قوله وإلا فخلاف) أي وإلا يأمره الأب." (١)

"**بالإجبار** ولا عين له الزوج فخلاف والراجح الجبر إن ذكر البضع أو النكاح أو التزويج بأن قال له الأب أنت وصي على بضع بناتي أو على نكاحهن أو على تزويجهن أو على بنتي تزوجها أو تزوجها من أحببت وإن لم يذكر شيئا من الثلاثة فالراجح عدم الجبر كما إذا قال وصي على بناتي أو على بعض بناتي أو على بنتي فلانة وأما لو قال أنت وصي فقط أو على مالي أو على بيع تركتي أو على قبض ديوني فلا جبر له اتفاقا وهذه الصورة غير داخلة في قول المصنف وإلا فخلاف فلو زوج جبرا فاستظهر عج الإمضاء وتوقف فيه الشيخ أحمد النفراوي وإن زوج من غير جبر فسيأتي في قول المصنف وإن زوج موص على بيع تركته وقبض ديونه صح .(قوله كما قدمه في النكاح) أي وحينئذ فيبين إجمال ما هنا بما مر في النكاح .(قوله ويمكن أن يدخل هذا في الخلاف) أي فقوله يعم أي كل شيء حتى الجبر بناء على أحد القولين والصواب حذف هذا الكلام لما علمت أنه إذا قال له أنت وصي فلا جبر له اتفاقا وإن هذه غير داخلة تحت قوله وإلا فخلاف (قوله كوصي حتى يقدم فلان) هذا تشبيه في العموم والخصوص فالعموم من حيث الموصى به والخصوص من حيث الزمن أي زمن قدوم فلان فهذا الفرع مشابه للمسألة الأولى في العموم وللثانية في الخصوص .(قوله ولو لم يقبل) أي فلان الوصية .(قوله إلا لقرينة) أي دالة على اعتبار القبول في العزل وأن المراد أنت وصي حتى يقدم زيد ويقبل الوصية فإن وجدت فلا ينعزل إلا إذا قدم." (٢)

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٩/٤٩٨

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٩/٤٩٩

"الثالث من الولي المجبر : وصي الأب عند عدم الأب وإليه أشار بقوله : (فوصيه) : أي الأب ، له الجبر فيما للأب فيه جبر .ومحله (إن عين له) الأب (الزوج) بأن قال له : زوجها من فلان ، فله جبرها عليه فقط دون غيره إن بذل مهر المثل ، بخلاف الأب له جبرها مطلقا .(أو أمره) الأب (به) : أي بالجبر بأن قال : اجبرها ، وما في معناه ولو ضمنا ،كما لو قال له : زوجها قبل البلوغ وبعده أو على أي حالة شئت .(أو) أمره (بالنكاح) ولم يعين له الزوج ولا **الإجبار** بأن قال له : زوجها أو أنكحها أو زوجها ممن أحببت أو لمن ترضاه ؛ فله الجبر ، ومقابله لا يعول عليه .ثم شبه في الجبر قوله : (كأنت وصيي عليها) : أي على بنتي أو بناتي أو على بعضها أو بعضهن فله الجبر (على الأرجح) عند بعضهم ، وقال بعضهم : النقل يفيد أرجحية عدم الجبر لقول أبي الحسن : بخلاف وصيي فقط أو وصيي على بضع بناتي أو على تزويجهن فلا جبر .والقياس أنه لا يزوجها إلا بعد البلوغ ، وقال غيره له الجبر .s." (١)

"(وعلى الولي) وجوبا (الإجابة لكفء رضيت به) الزوجة الغير المجبرة .(وإلا) بأن امتنع من كفء رضيت الزوجة به (كان عاضلا) بمجرد الامتناع ، (فيأمره الحاكم) إن رفعت له بتزويجها ، (ثم) – إن امتنع – (زوج) الحاكم ، ولا ينتقل الحق لمن بعد العاضل من الأولياء .(إلا) أن يكون امتناعه (لوجه) صحيح ، فلا يزوج الحاكم ولا يكون الولي عاضلا .(ولا يعضل أب) لمجبرة أي لا يكون عاضلا (أو وصي) له **بالإجبار** (برد) للأزواج (متكرر) : لأن الأب المجبر – وكذا وصيه – أدرى بأحوال المجبرة منها ومن غيرها ، (حتى يتحقق) ، العضل ، فيأمره الحاكم حينئذ بتزويجها ، فإن أجاب ؛ وإلا زوج الحاكم .وتقدم أنه لا بد من إذنها بالقول .s." (٢)

"(و) إن قال الموصي لجماعة : اشهدوا على أن فلانا (وصيي فقط) ولم يزد على ذلك فلم يقيد بشيء فلفظه مطلق (يعم) كل شيء فيكون فلان وصيه في جميع الأشياء ؛ فيزوج الصغار بشروطهن والكبار بإذنهن إلا أن يأمره **بالإجبار** إلخ فيجري ما هنا على ما تقدم في النكاح من **الإجبار** وعدمه .وظاهر قوله : " يعم " أنه إذا كان الموصي وصيا على أيتام يكون فلان وصيا عليهم وهو ظاهر المدونة ، وقيل لا يدخلون إلا بنص منه .(و) إن قال (فلان وصي) (على كذا) لشيء عينه (خص به) فلا يتعداه لغيره فإن تعداه لم ينفذ .(ك) قوله : زيد وصي (حتى يقدم فلان) كعمرو ، فإن زيدا يكون وصيه في كل شيء

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٤/٤٣٨

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٤/٤٧٥

حتى يقدم عمرو فينعزل زيد بمجرد قدوم عمرو .فإن مات عمرو في السفر استمر زيد وصيا .(أو) قال الموصي : زوجتي فلانة وصيتي إلا أن (تتزوج) فتستمر إلى تزوجها فتعزل .s." (١)

" فإن بلغت حق المرتهن لم تقلع وإن لم تبلغ قلعت وإن فلس بديون الناس بيعت الأرض بالنخل ثم قسم الثمن على أرض بيضاء بلا نخل وعلى ما بلغت بالنخل فأعطي المرتهن ثمن الأرض والغرماء ثمن النخل " . قال الماوردي : وهذا كما قال . إذا رهن أرضا في حق محل الحق وفي الأرض نخل لم يدخل في الرهن فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام . أحدها : أن يكون حادثا بعد الرهن . والثاني : أن يكون متقدما قبل الرهن . والثالث : أن يكون النوى الذي نبت فيه قبل الرهن وعلوقه وظهوره بعد الرهن . فأما القسم الأول وهو أن يكون حادثا بعد الرهن ، فهو مسألة الكتاب . وصورتها : أن يرهنه أرضا بيضاء لا نخل فيها ثم يحدث فيها نخل إما بأن يغرسه الراهن أو ينغرس بنفسه من نوع يقع في الأرض فينبت فيها فالحكم فيهما سواء إلا أن الراهن يمنع من ابتداء الغرس فإن غرس لم يقلع في الحال قبل حلول الحق لأن إقرار الغرس في الأرض انتفاع بها ولا يجوز أن يمنع الراهن من الانتفاع بأرضه المرهونة ولا يكون النخل الحادث فيها داخلا في الرهن معها لأن حدوث النخل نماء والنماء الحادث من الرهن لا يدخل في الرهن . فإذا ثبت أنه لا يدخل في الرهن ولا يمنع قبل حلول الحق نظر في ذلك عند حلول الحق ، فإن قضى الراهن من ماله خرجت الأرض من الرهن وكان النخل مقرا فيها للراهن وإن امتنع الراهن من قضاء الحق من ماله نظر في بياض الأرض ، فإن كان في ثمنه وفاء الحق بيع بياض الأرض وقضي به الحق وكان النخل على حاله مقرا في الأرض لا يعرض لبيعه ولا لقلعه ، وإن لم يكن في ثمن بياض الأرض وفاء للحق نظر في الراهن فإن أجاب إلى بيع النخل مع الأرض بعناهما معا وكان للمرتهن من الثمن ما قابل قيمة الأرض بيضاء لا نخل فيها والراهن ما قابل النخل . وإن امتنع من بيع النخل مع الأرض لم يخل حاله من أحد أمرين : إما أن يكون موسرا يجوز تصرفه في ماله أو يكون مفلسا محجورا عليه بحق غرمائه . فإن كان موسرا يجوز تصرفه في ماله لم يجبر على بيع النخل مع الأرض لأن **الإجبار** ." (٢)

"قال الماوردي : وإنما قصد الشافعي بهذا الكلام الرد على مالك في مسألة ، وعلى أبي حنيفة في أخرى . أما على مالك فقوله : إن الرهن يتم بالعقد دون القبض ، والشافعي يقول : إنه لا يتم إلا بالعقد والقبض وقد مضى الكلام فيه . وأما على أبي حنيفة فإنه يقول : إن الرهن إن كان مشروطا في بيع أجبر

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣٧/١١

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٢٤/٦

الراهن على قبضه ، والشافعي يقول : إن الرهن وإن كان مشروطا في بيع فإن الراهن لا يجبر على قبضه ، وقد مضى الكلام فيه . وإذا كان كذلك فإن أقبض الراهن المرتهن حقه لزمه وسقط خيار البائع وإن لم يقبضه الرهن لم يجبر عليه ولكن يكون البائع بالخيار بين إمضاء البيع بلا رهن وبين فسخه لأنه لم يرض بذمته حتى شرط رهنا يتوثق به ، فإذا لم يحصل له التوثق بالرهن كان ذلك نقصا وعيبا ، فيثبت له الخيار وهذا الخيار يجب بعد الامتناع على الفور لأنه خيار عيب والامتناع يكون بعد الطلب . مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " وهكذا لو باعه على أن يعطيه حميلا بعينه فلم يتحمل له فله رد البيع " . قال الماوردي : فأما الضمان فهو أحد الوثائق الثلاثة في الأموال ، فإذا شرط المشتري على نفسه في عقد البيع أن يقيم بالثمن ضامنا معينا صح البيع ولزم الشرط كالرهن إذا شرط في العقد ، فإذا ضمنه الضامن المشروط سقط خيار البائع وإن لم يضمن لم يجبر على الضمان ، لأن الضمان لا يصح **بالإجبار** ويكون البائع بالخيار بين إمضاء البيع بلا ضمان وبين فسخه لما دخل عليه من النقص في شرطه ، فإن قال المشتري : أنا أقيم لك بالثمن ضمينا غيره لم يلزم البائع إمضاء البيع بضمان الثاني وكان على خياره لاختلاف الذمم وفقد الشرط ، كما أن البائع لو سأل المشتري أن يقيم له ضمينا غير المعين لم يلزمه لأنه غير لازم بالشرط . فصل : فأما إذا شرط المشتري على نفسه في عقد البيع شهادة شاهدين معينين فالعقد صحيح والشرط لازم ، لأن الشهادة وثيقة كالرهن والضمان ، فإن أشهدهما لم يلزمه إشهاد غيرهما ، ولم يكن للبائع خيار بموتهما ، كما لو مات الضامن لم يلزم المشتري إقامة غيره ولم يكن للبائع خيار بموته ، وأما إن مات الشاهدان قبل إشهادهما أو امتنعا من الشهادة عليه في حياتهما لم يجبر المشتري على إشهاد غيرهما ، وللبائع الخيار لفقد شرطه ، فلو أشهد المشتري على نفسه غيرهما من الشهود العدول ففي خيار البائع وجهان : ." (١)

"قال الماوردي : وهذا كما قال ، إذا كان الحائط بين شريكين فطلب أحدهما القسمة وأراد إجبار شريكه عليها عند امتناعه منها لم يخل ذلك من ثلاثة أقسام : أحدها : أن يكون بناء لا عرصة له . والثاني : أن يكون عرصة لا بناء فيها . والثالث : أن يكونا معا . فإن كان الحائط بناء لا عرصة له لم يجز أن يقسم جبرا ؛ لأن البناء لا يعلم ما فيه ليتساويا في الاقتسام به إلا بعد هدمه ، وفي هدمه ضرر فلم يدخله إجبار ، فإن اصطلحا عليه جاز . وإن كان ذلك عرصة لا بناء فيها دخلها **الإجبار** في القسمة ، فإن دعا الطالب إلى قسمه عرصة الحائط طولا أجيب إليها ، ومثاله أن يكون طول العرصة عشرة أذرع ، وعرضها

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٦/١٨٠

ذراع ، فيدعوا إلى قسمة الطول ليكون خمسة أذرع من العشرة في عرض ذراع ، فهذا جائز ؛ لأن أي النصفين حصل له بالقرعة نفعه ، فإن دعى إلى القسمة عرضا ليكون له شبرا من العرض في الطول كله ففي جواز الجبر عليها وجهان : أحدهما وهو قول أبي إسحاق المروزي : أنه لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها : لأن قسمة الإجبار ما دخلتها القرعة ، ودخول القرعة في هذه القسمة مضر : لأنه قد يحصل لكل منهما بالقرعة ما يلي صاحبه ، فلا ينتفع واحد منهما بشيء مما صار إليه ، وعادت بالضرر عليه ، والقسمة إذا عادت بضرر الشريكين لم يدخلها الإجبار . والوجه الثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أنه يجاب إليها ، ويقسم عرض العرصة بينهما ، ويدفع إلى كل واحد منهما النصف الذي يليه بغير قرعة ، لأن القرعة تدخل في القسمة لتمييز ما اشتبه الانتفاع به ، والأنفع لكل واحد منهما أن يأخذ ما يليه ، فلم يكن لدخول القرعة وجه ، قال الشافعي : ثم قلت له : إن شئت أن تزيد من عرصة دارك أو بيتك شبرا آخر ليكون لك جدارا خالصا فذلك لك . وهذا لم يقله مشورة كما عابه من جهل معنى كلامه ، وإنما قاله ليبين أن كل واحد منهما قد ينتفع بما صار له . ثم ذكر وجه المنفعة ، بأن يضم إلى العرصة شبرا ليصير جدارا كاملا . فصل : فإن كان الحائط بناء وعرصة نظر في طالب القسمة طلب احد الشريكين فى الجدار القسمة طولا أوعرضا ، فإن دعى إليها عرضا ." (١)

" ليكون له شبر من عرض البناء والعرصة من الطول كله لم يجب إليها جبرا ، ولا يصح ذلك بينهما تراضيا واختيارا ، وإنما كان كذلك لأن ما يصير إلى كل واحد منهما من نصف العرض مضر به وبصاحبه ، لأنه إن أراد هدمه لم يقدر عليه إلا بهدم ما لشريكه أو شيء منه ، وإن أراد وضع شيء عليه وقع الثقل على ما لشريكه فأضر به . فإن قيل : فهلا جاز ذلك بتراضيهما ؟ قيل : إن تراضيا بهدمه في الحال والاقتسام بآلته جاز . وإن تراضيا بقسمته بناء قائما ، وتحديد ما لكل واحد منهما متصلا لم يجز ، وإن لما ذكرنا من دخول الضرر فيما بعد . وإن كان الطالب يدعو إلى قسمته طولا ليكون لكل واحد منهما نصفه طولا في العرض كله جازت بالتراضي . وفي جواز الإجبار عليها وجهان : أحدهما وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي : لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها ؛ لأنه قد لا يقدر على هدم النصف الذي صار له إلا بهدم شيء من نصف صاحبه فصارت ضررا عليهما . والوجه الثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : يجبره على هذه القسمة بالقرعة ، لأن الضرر على كل واحد منهما في هدم حصته يسير فلم يمنع من القسمة : ولأنه قد يمكن وله إزالة الضرر بقطع الحائط بينهما بالمنشار فلا ينهدم من حصة الآخر

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٦/٣٩٦

شيء . مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولو هدماه ثم اصطلحا على أن يكون لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه على أن يحمل كل واحد منهما ما شاء عليه إذا بناه فالصلح فاسد ، وإن شاءا أو واحد منهما قسمت أرضه بينهما نصفين " . قال الماوردي : وهذا كما قال . إذا هدم الشريكان حائطا بينهما ثم اصطلحا عند بنائه بمالهما أن يكون لأحدهما ثلثه ، وللآخر ثلثاه ، على أن يحمل كل واحد منهما عليه ما شاء من أجذاع وغيرها فهذا صلح باطل لثلاثة معان : أحدها : أنه بذل بصلحه على الثلث بعد ملكه النصف سدسا بغير عوض ، وبذل الملك في الصلح إذا كان عبثا بغير عوض لا يصح . ." (١)

" وقال صاحب العلو : بل ارتفاع السفل خمسة أذرع وارتفاع العلو خمسة عشر ذراعا ، فقد اختلفا على أن لصاحب السفل خمسة أذرع لا نزاع فيها ولصاحب العلو خمسة أذرع لا نزاع فيها ، واختلفا في عشرة أذرع ادعاها كل واحد منهما وأيديهما معا عليها ، فوجب أن يتحالفا عليها ، ويجعل العشرة المختلف عليها بعد أيمانهما معا بينهما نصفان ، فيصير لصاحب السفل عشرة أذرع ، ولصاحب العلو عشرة أذرع ، ثم يشتركان في بناء السفل بعد أن يختص كل واحد منهما ببناء حقه ، إلا أن يكون السقف لأحدهما فيختص الذي هو له ببنائه دون غيره . والحال الثالثة : أن يمتنع صاحب العلو من البناء ، ويدعو صاحب السفل إليه فله أن يختص ببناء سفله ، وليس له مطالبة صاحب العلو ببناء علوه : لأنه لا حق له في بنائه ، ويقدر على الانتفاع بحقه إلا أن يكون السقف بينهما ، فيكون على ما نذكره من القولين في إجبار الشريكين على المباناة . والحال الرابعة : وهي مسألة الكتاب أن يمتنع صاحب السفل من بنائه ويدعو صاحب العلو إليه ليبني العلو عليه ففي إجباره قولان : وهكذا الشريكان في حائط قد انهدم ، إذا دعي أحدهما إلى البناء وامتنع الآخر ، هل يجبر الممتنع منهما على البناء أم لا ؟ على قولين : أحدهما وهو قوله في القديم وبه قال مالك : أنه يجبر الممتنع على البناء ليصل الآخر إلى حقه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ، من ضار أضر الله به ، ومن شاق شق الله عليه . فلما نفى لحوق الإضرار دل على وجوب الإجبار ، ولما روي أن الضحاك بن خليفة أنبع ماء بالعريص وأراد أن يجريه إلى أرضه فلم يصل إليه إلا بعد إمراره على أرض محمد بن سلمة فامتنع محمد من ذلك ، وتخاصما إلى عمر رضي الله عنه ، فقال عمر لمحمد بن سلمة ليمرن به أو أمره على بطنك . وروي أنه قضي على بعض الأنصار بمثل ذلك لعبد الرحمن بن عوف ، ." (٢)

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٩٧/٦

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٤٠٠/٦

" وإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بمثل ذلك للزبير بن العوام على بعض الأنصار حتى قال الأنصاري : أن كان ابن عمتك فتمعر وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله : فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم . فلما جاء الخبر والأثر بمثل ما ذكرنا لزوال الضرر عن الجار دل على أن الضرر يزال **بالإجبار** . ولأنه لما استحقت الشفعة لزوال الضرر بها ووجبت القسمة إذا دعي إليها أحد الشريكين لينتفي الإضرار معها كان وجوب المباناة مع ما فيها من تضاعف الضرر أولى . والقول الثاني قاله في الجديد وهو الصحيح وبه قال أبو حنيفة أنه لا إجبار في ذلك ويترك كل واحد منهما إلى أن يختار البناء لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " ولأنه لا يجبر على عمارة ملكه ولا عمارة ملك غيره في حال الانفراد فوجب أن لا يجبر على عمارته في حال الاشتراك كالزرع والغراس طردا وكنفقة البهائم عكسا . ولأنه لا يخلو أن يكون **الإجبار** لمصلحة نفسه أو لمصلحة غيره ، وقد تقرر أنه لا يجبر على واحد منهما . فأما الجواب عن قوله " لا ضرر ولا ضرار " فهو أنه ليس استعماله في نفي الضرر عن الطالب بإدخاله على المطلوب بأولى من نفيه عن المطلوب بإدخاله على الطالب ، إذ ليس يمكن نفيه عنهما ، فتناوب الأمران فيه فسقط الاستدلال بظاهره . وأما حديث عمر فهو قضية في عين لا يجوز أن يستدل بعمومها ولعل إجراء المال قد كان مستحقا من قبل ؛ لأن الإجماع لا يلزم أحدا أن يجري ماء غيره على أرضه وكذلك حديث الزبير . وأما استحقاق الشفعة لإزالة الضرر بها ، فلأنه لا يدخل على الغير إضرار بها ؛ لأنه قد يأخذ ما قدر وليس كذلك في العمارة والمباناة . وأما القسمة فليست غرما ، وإنما هي لتمييز الملكين وإقرار الحقين ، والعمارة غرم محض فافترقا . فصل : فإذا تقرر ما ذكرنا من القولين فإن قلنا بإجباره على العمارة على قوله في ." [1]

" مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب الدعوى والبينات على كتاب اختلاف أبي حنيفة : " فإذا أفاد صاحب السفل مالا الشركاء في المنزل أخذ منه قيمة ما أنفق في السفل (قال المزني) قلت أنا : الأول أولى بقوله لأن الثاني متطوع فليس له أخذه من غيره إلا أن يراضيه عليه " . قال الماوردي : أما كتاب الدعوى على كتاب أبي حنيفة فمن كتب الشافعي في الجديد . فاختلف أصحابنا فيما قاله فيه ، فذهب المزني وابن أبي هريرة إلى أنه أجبر فيه على البناء والمحافرة كما أجبر عليه في القديم . فصار قوله في القديم وأحد قوليه في الجديد وجوب المباناة والمحافرة . فإن أعسر بها الممتنع وأنفق الطالب رجع عليه عند يساره بما أنفق إذا كان قد أنفق بحكم حاكم . وإن كان بغير حكم حاكم فعلى ما ذكرنا من

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٦/٤٠١

الوجهين . وذهب سائر أصحابنا إلى أنه لم يرد بذلك الإجبار على المباناة والمحافرة ، وإنما هو محمول على قوله في الجديد مع سقوط الإجبار في ذلك على أحد أمرين : إما أن يكون صاحب السفل قد أذن لصاحب العلو أن يبني ليرجع عليه بما أنفق ، فلصاحب العلو أن يرجع عليه عند يساره بما أنفق : لأنه أنفق بإذنه ونائبا عنه ، أو يكون صاحب العلو والسفل اتفقا على الهدم ليبنيا ذلك من بعد ، فإذا هدماه أجبر صاحب السفل على البناء قولا واحدا نص عليه في الأم . ومن أصحابنا من كان يخرج الإجبار في هذا على قولين كالذي مضى ، وليس بصحيح ، بل يجبر على ذلك في القولين معا ؛ لأنهما لما اصطلحا على الهدم والبناء صار البناء مضمونا عليه بالشرط الذي التزمه فوجب أن يجبر عليه ليفي بشرطه . فلو أعسر بالبناء (صاحب السفل) بعدما إتفقا صاحب العلو والسفل على الهدم ليبنيا ذلك من بعد ، كان لصاحب العلو أن يبني ليرجع على صاحب السفل بما أنفق في بناء السفل فيكون الذي نص عليه في كتاب الدعوى على أبي حنيفة هو ما ذكرنا . مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " وإذا كانت لرجل نخلة أو شجرة فاستعلت وانتشرت أغصانها على دار رجل فعليه قطع ما شرع في دار غيره فإن صالحه على تركه أغصان الشجرة أو النخلة التي إستعلت وانتشرت علي دار جاره فليس بجائز " . ." (١)

" بيعها بشرط أن لا يبني فيها أن الأرض المبيعة لم يبق للبائع فيها حق ، ولا يدخل عليه بالبنيان فيها ضرر فبطل العقد فيها باشتراط ما لا يتعلق بحقه ، وليس كذلك العلو لأنه متصل بملك البائع وفي البناء عليه إضرار به فصار الشرط فيه متعلقا بحقه فافترقا . فهذا الكلام فيه إذا شرطا أن لا يبني عليه . فأما إذا تبايعاه مطلقا بغير شرط فهل للمشتري أن يبني عليه أم لا ؟ العلو منفردا دون السفل على وجهين : أحدهما : أنه يبني عليه ما احتمله ؛ لأنها منفعة من منافع ملكه فلم يجز أن يحجر عليه فيها . والوجه الثاني : وهو أصح ليس له البناء لما فيه من الإضرار بالسفل وتكون منفعته مقصورة على السكنى والارتفاق بما تضمنه العقد من غير إحداث زيادة . فأما البيع فعلى الوجهين معا لازم وإنما الوجهان في جواز البناء . فصل : فأما المزني فإنه يذهب إلى إبطال بيع العلو مفردا عن السفل كقول أبي حنيفة ، وتعلقا بما ذكره من الصلح على إشراع الجناح الذي قد مضى الانفصال عنه . ثم لما حكاه عن الشافعي في كتاب أدب القاضي أنه منع من قسمة دار على أن يكون لأحدهما سفلها وللآخر علوها . فجعل هذا من قوله دليلا على أن العلو لا يجوز إفراده بالعقد وهذا الذي قاله المزني غير صحيح لأن الشافعي إنما منع من قسمة الدار أن يكون علوها لأحد الشريكين وسفلها للآخر إجبارا أو كرها . لأن قسمة الإجبار توجب تعديل الملك بين الشريكين

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٤٠٥/٦

ليكون شطر الدار علوا وسفلا لأحدهما وشطرا للآخر بقدر السهام في الملك . فأما إذا تراضيا الشريكان بقسمة الدار على أن يكون سفلها لأحدهما وعلوها للآخر جاز . والصلح إنما هو عقد مراضاة لا يصح مع الإجبار فلم يجز أن تعتبر فيه قسمة الإجبار . مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولو كانت منازل سفل في يدي رجل والعلو في يدي آخر فتداعيا العرصة فهي بينهما " . قال الماوردي : وهذا كما قال . ." [1]

" من شرط صحته أن يكون ثابتا في محل يؤمن تلفه ، والفرق بينه وبين العبد أن التعيين فيما بيد العبد إنما يصرف إلى الأداء دون الضمان : لأن الضمان متعلق بذمته فصح والتعيين في الحر انصرف إلى الضمان فبطل . وإن كان على العبد دين فيما بيده من مال التجارة فهل يصير العبد محجورا عليه في المال الذي بيده لأجل ديونه أم لا ؟ على قولين حكاهما ابن سريج : أحدهما : لا حجر عليه فيما بيده إلا لسيده لكون ذلك على ملكه وهو في حق من سوى السيد كالحر يجوز تصرفه ما لم يحجر عليه بالفلس فعلى هذا يصح ضمانه ولو كان السيد أذن له في هبة المال صحت هبته ؛ لأن إذن السيد يدفع حجره وليس عليه لمن سواه حجر . والقول الثاني : أن العبد محجور عليه فيما بيده بدين غرمائه كما كان محجورا عليه في حق سيده لأن العبد يعامل بما في يده لضعف ذمته بخلاف الحجر ، وليس له أن يفعل ما يدخل الضرر على غرمائه بهبة ولا غيره ، وإن كان عن إذن سيده فعلى هذا في ضمانه وجهان : أحدهما : باطل لأنه صرفه إلى جهة لم يثبت فيها . والوجه الثاني : أن ضمانه جائز لأن الضمان لا يتعين في المال وإنما يتعين فيه الأداء فعلى هذا فيه وجهان : أحدهما : أنه يكون فيما اكتسبه بعد الضمان ، وفيما فضل بعد ذلك من المال الذي كان بيده قبل الضمان . والوجه الثاني : أن يكون في ذمته يؤديه بعد عتقه . فصل : والفصل الثاني هو أن يضمن العبد مالا عن سيده لأجنبي ، فيصح ضمانه إذا كان بأمر سيده لأن العبد قد يلزمه دينه كالحر ، فصار ضمانه عن سيده كضمان غيره ، وليس للسيد أن يجبر عبده على الضمان عنه لأن الضمان عقد لا يصح مع الإجبار فإذا أدى العبد عن سيده مال ضمانه في حال رقه لم يستحق على سيده الرجوع به ضمان العبد ؛ لأن ما بيد العبد ملك لسيده فلم يصح أن يجب له في ذمة سيده مال ، وإن أداه عن السيد بعد عتقه ففي رجوعه بذلك على سيده وجهان : أحدهما وهو قول أبي العباس له

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٤١٣/٦

الرجوع على سيده بما أدى عنه بعد عتقه : لأنه أداه في حال يصح أن يثبت له في ذمة سيده دين . والوجه الثاني قاله أبو حامد المروزي في جامعه : لا رجوع له بذلك على سيده لأنه قد ." (١)

"قال الشافعي – رضي الله عنه – : هاهنا لا أجبره وقال في الدعوى والبينات : أنه يجبر على كفيل فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين النصين ، فقال بعضهم : هو على اختلاف قولين : أحدهما : أن الكفيل استحباب ، ولا نجبر عليه ؛ لأنه إن كان مستحقا له لم يلزمه دفع كقول به وإن كان غير مستحق لم يجبر أن يدفع إليه بسببه ليؤخذ كفيلا به . والقول الثاني : أن الكفيل واجب ويمنع حتى يدفع كفيلا به ؛ لأننا لسنا على يقين من استحقاقه وإنما دفعنا إليه تغليبا لحاله مع تجويز غائب يلزم الاحتياط له . وقال آخرون : بل ليس ذلك على قولين وإنما هو على اختلاف حالين فنصه هاهنا على " أنه لا يجبر إذا كان ممن لا يسقط ونصه في الدعوى على أنه يجبر إذا كان ممن يسقط . وقال آخرون : على غير هذا الوجه من اختلاف الحالين فنصه على الإجبار إذا كان غير ثقة ، ونصه على عدم الإجبار إذا كان ثقة . والله أعلم بالصواب .مسألة : قال الشافعي – رحمه الله – : " وإن قالوا لا وارث غيره قبلت على معنى لا نعلم فإن كان ذلك منهم على الإحاطة كان خطأ ، ولم أردهم به ؛ لأنه يؤول بهم إلى العلم " . قال الماوردي : إذا شهدوا بعد إثبات الوارث بنفي غيره فينبغي أن تكون شهادتهم به على العلم الشهود فيقولوا : لا نعلم له وارثا غيره ؛ لأنهم يشهدون فيه بظاهر لا يصلون إلى يقينه ، فإن شهدوا قطعا فقالوا : لا وارث له غيره فقد قال أبو حنيفة : شهادتهم مردودة ؛ لأن ما شهدوا به من القطع مستحيل ، وقال ابن أبي ليلى : لا تصح الشهادة إلا هكذا ، ولا أقبلها على العلم لما فيها من الحدس ، والظن ، وكلا القولين عندنا خطأ ، وشهادتهم على ذلك صحيحة ؛ لأن استحالة اليقين فيه تمنع من القطع به بخلاف ما قال ابن أبي ليلى وهو يؤول إلى من قطع به إلى العلم كما قالت عائشة – رضي الله عنها – : ما ترك رسول الله – صلى الله عليه وسلم – دينارا ، ولا درهما تعني في علمها ، فصح ذلك بخلاف ما قال أبو حنيفة : والله أعلم بالصواب ._______كتاب العارية _______تعريف العارية." (٢)

" به المنافع كالعقود ولأن المنافع مال بدليل أن ما جازت به الوصية تمليكا كان في نفسه مالا كالأعيان ، ولا يدخل عليه الكلب ؛ لأن الوصية به بدل تمليك لا تمليك ولأن الوصية بالمنافع معتبرة من الثلث فكانت مالا كالرقاب ولأن ضمان الغصب أعم من ضمان العقد وضمان المنافع أعم من ضمان

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٤٥٨/٦

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١١٤/٧

الأعيان ؛ لأن الوقف مضمون بالغصب دون العقد ويصح العقد منه على المنفعة دون الرقبة فلما ضمنت المنافع بالعقود فأولى أن تضمن بالغصوب ولو ضمن بالغصب الأعيان فأولى به المنافع فيكون هذا ترجيحا في الأصلين من طريق الأولى ويتحرر منه القياسان المتقدمان ، ولأن منافع الأعيان قد تتنوع نوعين نوع يكون نفعه باستهلاكه كالمأكول ، ونوع يكون نفعه باستبداله واستخدامه كالثياب ، والعبيد فلما ضمن الغصب نفع الاستهلاك وجب أن يضمن به نفع الاستخدام ويتحرر من اعتلاله قياسان : أحدهما : أنه نوع نفع فوجب أن يضمن بالغصب كال أ كل . والثاني : أن ما ضمن نفعه استبدالا كالمبذول عوضا ولأنه لما ضمن بالغصب ما لم ينتفع به من الأعيان التالفة في يده فأولى أن يضمن ما قد استهلكه من المنافع بيده لما ضمن المنافع بالمراضاة والاختيار فأولى أن يضمنها مع الإكراه والإجبار ، فأما الجواب عن قوله – صلى الله عليه وسلم – : الخراج بالضمان فهو أن الغاصب غير مراد به ؛ لأنه جعل خراج الغلة لمن عليه ضمان الرقبة ، والغاصب لا يملك الغلة مع ضمان الرقبة فجاز أن يضمنها ضمان الرقبة ؛ ويكون الحديث محمولا على مالك الغلة الذي يملك بضمانه الرقبة وهو المشتري ، وقد روي ذلك في الحديث نقلا ، فأما قياسهم على المشتري فالمعنى فيه حدوث المنافع مع ملكه فلذلك لم يضمنها ، والمنافع في الغصب حادثة على ملك المغصوب فلذلك كان الغاصب ضامنا لها ، وأما قياسهم على منافع الحر فقال الشافعي – رضي الله عنه – في كتاب السير : إن الإمام إذا أكره مشركا ، أو الذمي على الجهاد معه ، ماذا على الإمام ؟ – حملا على كلام الشافعي في عبارته في الأم – على الجهاد معه فعليه أجرة مثله يوم إكراهه على الخروج معه . واختلف أصحابنا في منافع الحر هل تضمن بالتفويت أم لا ؟ على وجهين : أحدهما : أنها مضمونة على من فوتها عليه بحبسه وتعطيله استشهادا بذلك من قول الشافعي – رضي الله عنه – واستشهادا بمنافع العبد ، فعلى هذا يبطل استدلالهم به . والوجه الثاني : وهو أصح الوجهين وبه قال جمهور أصحابنا أن منافع الحر ليست مضمونة بالتفويت ، والحبس وإنما هي مضمونة بالاستهلاك ، والإجبار على العمل وحملوا كلام الشافعي على أنه أوجب له الأجرة لإكراهه على الجهاد فكذا حال الأحرار إذا أكرهوا على الأعمال هل يستحقون الأجرة ؟ استحقوا الأجرة ، فعلى هذا يكون الفرق بين المملوك ، حيث كانت منافعه مضمونة بالتفويت وبين الحر حيث لم تضمن منافعه بالتفويت من وجهين : ." (١)

" رجلا لطلبها فاستأجر رجلا وجبت أجرته على الغاصب ولو طالب المالك بنفسه لم يستحق على الغاصب أجرة الطلب ؛ لأنه أمره باستئجار غيره فصار متطوعا بطلبه فإن استأجر الغاصب مالكها لطلبها

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٦١/٧

بأجرة مسماة ففيه وجهان : أحدهما : أن الإجارة جائزة وله الأجرة المسماة ؛ لأنه مالك لمنافع نفسه فيملك المعاونة عليها . والوجه الثاني : أن الإجارة باطلة ، ولا أجرة له ؛ لأنه لا يصح أن يعمل في ماله بعوض على غيره ، والله أعلم . فصل : فإن حصل منهما عدول عن طلب المغصوب إلى أخذ قيمته فهذا على ثلاثة أقسام : أحدها : أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغصوب منه . والقسم الثاني : أن يطلبها المغصوب منه ويمتنع الغاصب . القسم الثالث : أن يتفق عليها المغصوب منه والغاصب . فأما القسم الأول وهو أن يبذل الغاصب قيمة العبد المغصوب ويطالب المغصوب منه بعبده ويمتنع من أخذ قيمته فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على طلبه ، والتزام مؤنته ؛ لأن المالك لا يجبر على إزالة ملكه . والقسم الثاني : وهو أن يطلب المغصوب منه قيمة عبده ، ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد العبد بعينه ، فينظر فإن كان العبد على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير فالقول قول الغاصب ، ولا يجبر على بذل القيمة ؛ لأن العبد المغصوب مقدور عليه ، وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما استحقه عاجلا ، فإذا أخذ القيمة ملكها ملكا مستقرا ، وملك الغاصب العبد ملكا مراعى لتملكه بعد القدرة عليه إن شاء ، أو يتوصل به إلى أخذ ما أجبر على دفعه من القيمة إن شاء ؛ لأن **الإجبار** يمنع من استقرار الملك بالأعواض ، فإذا قدر على العبد المغصوب فهو حينئذ بالخيار بين أن يتملكه وبين أن يرده ، ولا خيار للمغصوب منه ؛ لأن المغصوب منه لما ملك الخيار في الابتداء لم يملكه في الانتهاء ، والغاصب لما لم يملكه في الابتداء ملكه في الانتهاء ، فإن اختار أن يتملكه استقر حينئذ ملكه عليه باختياره ، فإن طلب القيمة ولم يختر تملكه ، قيل للمغصوب منه : إن رددت القيمة عاد العبد إليك ، ولا أجرة لك فيما مضى ؛ لأنك تملكه الآن ملكا مستقرا ، وإن امتنعت عن رد القيمة لم تجبر على ردها ؛ لأنك قد ملكتها ، وبيع العبد ليأخذ الغاصب من ثمنه ما دفعه من القيمة ، فإذا بيع لم يخل الثمن من ثلاثة أحوال : ." (١)

" فيها يجعلها بيعا ، والبيع بلفظ الهبة باطل ، فهذا حكم الهبة على قوله في القديم والإملاء ، وقال في الجديد : إن المكافأة على الهبة غير واجبة ، فعلى هذا لا شفعة بها ويكون انتقال الملك بها في سقوط الشفعة به كانتقاله بالميراث ، فهذا حكم الفصل الأول . فصل : وأما الفصل الثاني وهو ما تجب فيه الشفعة فهي عراص الأرضين ، وما يتبعها متصلا دون غيرها ، وجملة الأشياء أنها على ثلاثة أقسام : أحدها : ما وجبت فيه الشفعة مقصودا وهي عراص الأرضين المحتملة لقسمة **الإجبار** ، فإن لم تحتمل

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٧/٢١٥

قسمة الإجبار لصغرها كالطريق الضيقة وبياض البير فلا شفعة فيه ، وقال أبو العباس بن سريج : يجب فيه الشفعة تعليلا بسوء المشاركة واستدامة الضرر بها لتعذر القسمة وبه قال أبو حنيفة ، وعند الشافعي – رضي الله عنه – أنه لا شفعة فيها تعليلا في وجوبها بالخوف من مئونة القسمة وأن ما لا ينقسم جبرا فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمئونة القسمة . وقد روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال : لا شفعة في فناء ، ولا طريق ، ولا منقبة ، ولا ركح ، ولا رهوة قال أبو عبيد : المنقبة : الطريق الضيقة بين الدارين ، والركح : ناحية البيت من ورائه ، وما كان فضاء لا بناء فيه ، يعني إذا كان للسابلة ، والمارة ، والرهوة : الجوبة تكون في محلة القوم يسيل فيها ماء المطر وغيره " . والقسم الثاني : ما تجب فيه الشفعة تبعا وهو البناء ، والغرس ، إن كان مبيعا مع الأرض وجبت فيه الشفعة تبعا للأرض إن كان فيها ما يحتمل قسمة الإجبار وإن لم تحتملها لم تجب فيه الشفعة عند الشافعي – رضي الله عنه – ووجبت فيه عند أبي العباس بن سريج وهو قول أبي حنيفة . وإن كان البناء والغرس منفردا عن الأرض في البيع فلا شفعة فيه عند الشافعي – رضي الله عنه – وأبي حنيفة . وقال مالك : تجب الشفعة في البناء المفرد وفي الغراس وفي الثمار ، والمقاتي ، والمباطح لاتصاله بعراص الأرض المستحق فيها الشفعة ؛ وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم : الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة فجعل حدود القسمة شرطا في إبطال الشفعة فدل على استحقاقها فيما يجبر فيه على القسمة ، ولأن البناء ، والغراس تبع لأصله فلما لم يستحق في الأرض شفعة لخروجها عن العقد ، لم يجب في البناء والغراس شفعة وإن دخلت في العقد . فإذا تقرر أن لا شفعة فيما أفرد بالبيع من البناء ، والغراس ، وكانت دار ذات علو مشترك ." (١)

" أحد القولين وهو اختيار المزني أن العامل وكيل مستعجل وليس بشريك ، وما يخصه من الربح أجرة لا يملكها بالظهور ، وإنما يملكها بالقبض . ووجه ذلك من ثلاثة أشياء : أحدها : أنه لو ملك الربح بظهوره وكان شريكا لوجب إذا تلف من المال شيء أن يكون التالف مقسطا على الأصل والربح ؛ لأن تلف بعض المال المشترك لا يجوز أن يختص به بعض الشركاء فيه ، فلما كان التالف من جملة المال محسوبا من ربحه ، ولم يتقسط عليه وعلى أصله علم أنه لم يكن شريكا فيه ، ولا مالكا لشيء منه ؛ لأنه لو ملكه زائدا لملكه ناقصا . والثاني : أن الربح عند ظهوره وقبل قبضه مرصد لصلاح المال وتثميره ؛ لأنه لو ظهر في المال خسران لكان مجبورا به ، ولو كان ملكا للعامل وشريكا فيه لما جاز أن يجبر به مال غيره ألا تراه إذا قبض الربح وملكه لم يجز أن يجبر الخسران به ؛ لأن ملك الإنسان لا يجبر به مال غيره . والثالث :

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٣٣/٧

أن من كان شريكا في ربح إن ظهر كان شريكا في خسران إن حدث ، فإذا لم يكن العامل شريكا في الخسران ، ولا ملتزما لشيء منه لم يكن شريكا في الربح ، ولا مالكا لشيء منه ، فعلى هذا القول يكون أبو العامل على رقه في مال القراض ، ولا يعتق عليه ؛ لأنه غير مالك لشيء منه . والقول الثاني : أن العامل شريك في الربح بعمله ومالك له بظهوره ، وبه قال أبو حنيفة ، ووجهته ثلاثة أشياء : أحدها : أن للعامل إجبار رب المال على القسمة – ولو لم يكن شريكا فيه بسهم لم يكن له **الإجبار** على قسمته – ألا تراه في المضاربة الفاسدة لا يملك إجباره على القسمة ؛ لأن ما يستحقه عليه أجرة ، ويملكه في المضاربة الصحيحة ، ولو لم يكن في المال ربح لم يجبره على القسمة ، ويجبره إذا كان فيه ربح ، ولا شيء أدل على ثبوت الملك من استحقاق القسمة . والثاني : أنه لو كان ما يستحقه من الربح أجرة لا يملكها إلا بالقبض لما جاز أن تكون مجهولة القدر ، وفي إجماعهم على جواز المضاربة مع الجهالة بربحها دليل على أن سهم العامل منها لشركته فيها ، وليست أجرة تبطل مع الجهالة بها . والثالث : أنه لو كان سهمه من الربح أجرة على عمله في المال لوجب أن يستحقه مع الخسران لوجود العمل ، وإن عدم الربح كوجوده مع ظهور الربح ؛ لأن فوات الأجرة لا تسقط معاوضة العمل كما لو استأجره على عمل بمال معين فتلف المال بعد العمل لم يهدر عمله واستحق به أجرة المثل ، فلما لم يجز ذلك دل على فساد الأجرة وصحة الشركة . ." (١)

" ومن حضره من ذوي المكنة وجعلها مقسطة عليهم على عددهم جبرا ولا يخص **بالإجبار** عليها واحدا . قال الشافعي : فإن لم يفعل حرم تضييعه على من عرفه حتى يقام بكفالته : لأن ذلك من فروض الكفايات ، ثم ينظر ، فإن بان عبدا رجع بها على سيده ، وإن بان له أب غني أخذها من أبيه ، فإن بلغ ولا أب له ولا سيد ، فإن علمه مكتسبا رجع عليه في كسبه ، وإن كان غير مكتسب فهو من جملة أهل الصدقات فيقضي ذلك عنه من أي المالين يراه فيها من سهم الفقراء أو المساكين ، أو من سهم الغارمين ، والله أعلم . مسألة : قال الشافعي – رحمه الله تعالى – : " ولو أمره الحاكم أن يستسلف ما أنفق عليه يكون عليه دينا ، فما ادعى قبل منه إذا كان مثله قصدا ، (قال المزني) لا يجوز قول أحد فيما يتملكه على أحد : لأنه دعوى وليس كالأمين ، يقول فيبرأ " . قال الماوردي : وصورتها في لقيط فقير أمر الحاكم ملتقطه أن يستقرض ما ينفقه عليه ، فذلك ضربان : أحدهما : أن يأمره أن يستقرض عليه من غيره ، فهذا جائز ولا يأخذ القرض جملة ، ولكن يستقرض له في كل يوم أو أكثر في كل أسبوع قدر حاجته إليه ،

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٢٦/٧

ويقبل قول الملتقط في إنفاقه عليه : لأنه لا يستغني عن غذاء في كل يوم ، فإذا مرت به الأيام على سلامة وهو فيها نامي الجسد مستقيم الأحوال كان الأظهر من حاله وصول النفقة إليه . والضرب الثاني : أن يأمره أن يستقرض من نفسه ، فهل يجوز له أن يتولى إنفاقه عليه بنفسه أم لا ؟ على قولين : أحدهما وهو نصه هاهنا : يجوز لكونه أمينا وما ادعاه من شيء يكون مثله قصدا قبل منه . والقول الثاني واختاره المزني : أنه لا يجوز حتى يأخذها من غيره من الأمناء فينفقها عليه : لأنه لا يقبل قول أحد فيما يدعيه دينا على غيره . مسألة : قال الشافعي – رحمه الله تعالى – : " ولو وجده رجلان فتشاحاه أقرعت بينهما ، فمن خرج سهمه دفعته إليه ، وإن كان الآخر خيرا له لم يكن مقصرا عما فيه مصلحته " . قال الماوردي : وهذا كما قال : إذا اشترك نفسان في التقاط المنبوذ وهما من أهل الكفالة له لاستوائهما في الإسلام والحرية والأمانة ، فهذا على ضربين : أحدهما : أن يتنازعاه ويتشاحنا عليه ، فمذهب الشافعي وعليه جمهور أصحابه أن الحاكم يقرع بينهما لأنهما لما استويا ولم يمكن أن يشترك بينهما كانت القرعة بينهما ليتميز بها الأحق من غير تهمة . قال تعالى : وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم [آل عمران : ١٤٤] الآية ، ثم يتعين حق من قرع منهما في كفالته ، فإن أراد رفع يده عنه كان له ، ولم يجبر على إمساكه ، ويتسلمه الحاكم منه وهل يصير شريكه أولى بكفالته من غيره أم لا ؟ على وجهين : أحدهما هو أولى به من غيره لاختصاصه بالتقاطه ، وإن تقدم الآخر بالقرعة . والوجه الثاني : أنه قد بطلت كفالته لما قرعه صاحبه وصار غيره سواء فيجتهد الحاكم ." (١)

"فالأمر هو الإجبار والإلزام ، وليس للولي إجبار الثيب وإلزامها ولا يقتضي ذلك أن ينفرد بالعقد دون وليها ، كما لا تنفرد به دون الشهود . فأما حديث المرأة التي زوجها أبوها ، فرواية عكرمة بن فلان ، فإن كان مولى ابن عباس فهو مرسل الحديث ، لأنه تابعي ولم يسنده ، والمرسل ليس بحجة الحديث المرسل ، وإن كان غيره فهو مجهول ، وجهالة الراوي تمنع من قبول حديثه ، ثم لا حجة فيه لو صح : لأنه رد نكاحا انفرد به الولي ، وإنما يكون حجة لو أجاز نكاحا تفردت به المرأة . وأما قياسهم على الرجل ، فالمعنى في الرجل ، أنه لما لم يكن للولي عليه اعتراض في الكفاءة لم يكن له في العقد عليه ولاية ، ولما كان للولي على المرأة اعتراض في الكفاءة لم تكن له في العقد عليها ولاية ، وكذا الجواب عن قياسه على عقد الإجارة أنه ليس للولي اعتراض فيه ، فلم يكن له ولاية عليه ، وليس كذلك عقد نكاحها . وأما قياسه على المهر فعندهم أن للولي أن يعترض عليها فيه ويمنعها بأن تتزوج بأقل من مهرها ثم هو منتقض بقطع

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٩/٨

الأطراف في إبدالها من الدية ، ولا يتصرف فيها بالقطع والإباحة . فصل : وأما مالك ففرق بين الشريفة والدنية بأن الولي يراد لحفظ المرأة أن تضع نفسها في غير كفء ، والدنية مكافئة لكل الأدنياء ، فلم يبق لوليها نظر واحتياط في طلب الأكفاء ، فجاز عقدها بغير ولي ولم يجز عقد الشريفة إلا بولي ، وهذا القول غير صحيح ، لأنه ليس من دنية إلا وقد يجوز أن يكون في الرجال من هو أدنى منها ، فاحتيج إلى احتياط الولي فيها ، ثم لو غلب عليه فرق فقيل : الشريفة يمنعها كرم أصلها من وضع نفسها في غير كفء ، فلم يحتج إلى احتياط الولي ، والدنية يمنعها لؤم أصلها على وضع نفسها في غير كفء لكان مساويا لقوله ، فوجب إسقاط الفرق بينهما ، ثم يقال له : لما لم يكن هذا الفرق مانعا من استوائهما في الشهادة ، فهلا كان غير مانع من استوائهما في الولي مع كون النصوص في الولي عامة لا تخص بمثل هذا الفرق . فصل : وأما داود فخص الثيب بالولاية دون البكر : لقوله صلى الله عليه وسلم : ليس للولي مع الثيب أمر ليطابق بين الإخبار في الاستعمال ، وقد قدمنا وجه استعمالهما ، وأن الفرق بينهما واقع في الإخبار فكان جوابا ، ثم فرق داود بين البكر والثيب ، بأن الثيب قد خبرت الرجال فاكتفت بخبرتها عن اختيار وليها ، والبكر لم تخبر فافتقرت إلى اختيار وليها ، وهذا فرق فاسد وعكسه عليه أولى : لأن خبرة الثيب بالرجال تبعثها على فرط الشهوة في وضع نفسها فيمن قويت فيه شهوتها ، والبكر لعدم الخبرة أقل شهوة فكانت لنفسها أحفظ على أن الشهوة مذكورة في طباع النساء قال النبي صلى الله عليه وسلم : خلقت المرأة من الرجل فهما في الرجل فغلب حكم الشهوة في ." (١)

"إحداهما : الفرق بينهما في صفة الإذن . والثاني : الفرق بينهما في الإجبار على العقد ، ونحن نقدم الكلام في الإجبار على العقد : لأنه أصل لم يعقبه بصفة الإذن في موضعه ، فنقول : النساء ضربان : أبكار ، وثيب . فأما الثيب فيأتي حكمهن . وأما الأبكار فلهن حالتان : حالة مع الأباء ، وحالة مع غيرهم من الأولياء . فأما حالهن مع الآباء فهن ضربان : صغار ، وكبار . فأما صغار الأبكار فللآباء إجبارهن على النكاح فيزوج الأب ابنته البكر الصغيرة من غير أن يراعي فيه اختيارها ، ويكون العقد لازما لها في صغرها وبعد كبرها ، وكذلك الجد وإن علا يقوم في تزويج البكر الصغيرة مقام الأب إذا فقد الأب . والدليل عليه – وإن كان وفاقا – قوله تعالى : واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن [الطلاق : ٤] يعني الصغار ، والصغيرة تجب العدة عليها من طلاق الزوج ، فدل على جواز العقد عليها في الصغر . وروي عن عائشة أنها قالت : تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٤٤/٩

ابنة سبع ، ودخل بي وأنا ابنة تسع ، ومات عني وأنا ابنة ثماني عشر . فصل : وأما البكر الكبيرة فللأب – أو للجد عند فقد الأب – أن يزوجها جبرا كالصغيرة ، وإنما يستأذنها على استطابة النفس من غير أن يكون شرطا في جواز العقد . وبه قال ابن أبي ليلى ، وأحمد ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة : ليس للأب إجبار البكر البالغ على العقد إلا عن إذن . وبه قال الأوزاعي والثوري : فجعل **الإجبار** معتبرا بالصغيرة دون البكارة ، وجعل الشافعي **الإجبار** معتبرا بالبكارة دون الصغر ، واستدل من نص قول أبي حنيفة برواية عطاء عن جابر : أن رجلا زوج ابنته – وهي بكر – فمات ، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما . وبرواية عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : استأمروا النساء في أبضاعهن ، فكان على عمومه ، ولأنها متصرفة في مالها ، فلا يجوز إجبارها على النكاح كالثيب : ولأن كل من زال عنه الحجر في ماله ، زال عنه الحجر في نكاحه كالرجل . ودليلنا رواية الشافعي عن مالك عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها فلما جعل الثيب أحق بنفسها من وليها علم أن ولي البكر أحق بها من نفسها ، ويكون قوله : والبكر تستأذن في نفسها محمولا على الاستحباب دون الوجوب استطابة للنفس : لأنه لو كان محمولا على الوجوب لصارت أحق بنفسها من وليها كالثيب . ." (١)

"ومن القياس : أن كل من جاز له قبض صداقها بعد رضاها جاز له عقد نكاحها بغير رضاها كالأمة وكالبكر الصغيرة : ولأن ما استحق بالولاية في نكاح الصغيرة استحق بالولاية في نكاح الكبيرة قياسا على طلب الكفاءة ، ولما ذكره الشافعي من أنه : لو لم يكن له تزويجها جبرا في الكبر ، لما كان له تفويت بضعها في الصغر ، كالطفل يقتل أبوه لما لم يكن لوليه تفويت خياره عليه في القود والدية بعد البلوغ لم يكن له تفويته عليه قبل البلوغ ، وكان القاتل محبوسا حتى يبلغ ، فيختار أحد الأمرين . فإن قيل : فهذا يبطل بالصبي ، فإن للأب أن يجبره على النكاح قبل البلوغ ، وليس له إجباره بعد البلوغ . قلنا : ليس في تزويج الابن تفويت لما يقدر على استدراكه : لأنه يقدر على الطلاق إن شاء ، وله أن يتزوج غيرها من النساء ، والثيب لا تقدر على خلاص نفسها من عقد الأب إن لم يشأ . وأما خبر عائشة فهو محمول على الثيب دون البكر تخصيصا بما ذكرناه . وأما قياسهم على الثيب فالمعنى فيها : أنه لما لم يجز للأب قبض صداقها إلا بإذنها لم يجز له عقد نكاحها إلا بإذنها ، ولما جاز للأب قبض صداق البكر بغير رضاها عند أبي حنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي ، جاز له أن يعقد نكاحها بغير رضاها : لأن التصرف في المبدل

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٥٢/٩

معتبر بالتصرف في البدل . وأما قياسهم على الرجل فالمعنى فيه أنه لما لم يكن للأب أن يعترض عليه في نكاحه لم يكن له أن يجبره عليه وليس كذلك البكر . فصل : فإذا ثبت أن للأب إجبار البكر على النكاح صغيرة أو كبيرة ، وكذلك الجد وإن علا ، وقال ابن أبي ليلى وأحمد بن حنبل : ليس الإجبار إلا للأب دون الجد . وقال مالك : للجد إجبار الصغيرة كالأب وليس له إجبار الكبيرة بخلاف الأب . وفرق بين الأب والجد ، بأن الجد يملك الولاية بوسيط كالإخوة ، وهذا خطأ لقوله تعالى : ملة أبيكم إبراهيم [الحج : ٧٨] فسماه أبا إجراء لحكم الأب عليه ، وإن خالفه في الاسم ، ولأنه لما ثبت ولاية الجد على الأب فأولى أن يثبت على من يلي عليه الأب ، ولأنه لما ساوى الجد الأب في الولاية على مالها ساواه في الولاية على نكاحها ، وبهذا فرق بينه وبين سائر العصبات . فصل : فأما حال البكر مع غير الأب والجد من الأولياء كالإخوة والأعمام فلا تخلو حالها معهم من أن تكون صغيرة أو كبيرة ، فإن كانت كبيرة لم يكن لهم إجبارها إجماعا ، وليس لهم تزويجها إلا بإذنها . والفرق بين الآباء والعصبات : أن في الآباء بعضية ليست في العصبات فقويت بها ." (١)

" ولايتهم حتى تجاوزت ولاية النكاح إلى ولاية المال ، فصاروا بذلك أعجز ، ولأنه من العصبات ، وإن كانت البكر صغيرة فليس لأحد من العصبات تزويجها بحال . وقال أبو حنيفة : لجميع العصبات تزويجها صغيرة كالأب ، ولها الخيار إذا بلغت بخلافها مع الأب . وقال أبو يوسف : لهم تزويجها ولا خيار لها كهي مع الأب استدلالا بقوله تعالى : ويستفتونك في النساء إلى قوله : وترغبون أن تنكحوهن [النساء : ١٢٧] . قال : واليتيمة من لا أب لها من الصغار والذي كتب لها صداقها ، فدل على جواز نكاح غير الأب لها ، ولأن كل من جاز له تزويجها في الكبر جاز له أن ينفرد بتزويجها في الصغر كالأب ، ولأنه لما استوى الآباء والعصبات في إنكاح الثيب وجب أن يستووا في إنكاح البكر ، ودليلنا حديث قدامة بن مظعون أنه زوج ابنة أخيه بعبد الله بن عمر ، فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم نكاحه ، فقال : إنني عمها ووصي أبيها . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إنها يتيمة وإنها لا تتزوج إلا بإذنها " فلم يجعل له تزويجها إلا بعد البلوغ . ومن القياس : أن كل من لم يملك قبض صداقها لم يملك عقد نكاحها كالعم مع الثيب طردا ، أو كالسيد مع أمته عكسا ، ولأنها ثبتت للأب في الصغيرة من غير توليه فوجب أن يختص بها من بين العصبات كولاية المال ، ولأن النكاح إذا لم ينعقد لأن ما كان فاسدا كالمنكوحة في العدة ، ولأن النكاح لا ينعقد بخيار التحكم والاقتراع قياسا على خيار الثيب . فأما الآية

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٥٣/٩

فتحمل على إنكاحها قبل اليتم أو على إنكاح الجد : لأن اليتم يكون بموت الأب ، وإن كان الجد باقيا ، وأما قياسهم على الأب ، فالفرق بينهما في الولاية ما قدمناه في **الإجبار** ، وأما جمعهم بين البكر والثيب فمردود بافتراقهما في قبض الصداق ، والله أعلم . مسألة : قال الشافعي : " ومثل هذا حديث خنساء ؛ زوجها أبوها وهي ثيب ، فكره ت ذلك ، فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم نكاحه ، وفي تركه أن يقول لخنساء " إلا أن تشائي أن تجيزي ما فعل أبوك " دلالة على أنها لو أجازته ما جاز ، والبكر مخالفة لها لاختلافهما في لفظ النبي صلى الله عليه وسلم ، ولو كانا سواء كان لفظ النبي صلى الله عليه وسلم أنهما أحق بأنفسهما . وقالت عائشة – رضي الله عنها – : تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة سبع سنين ، ودخل بي وأنا ابنة تسع – وهي لا أمر لها – وكذلك إذا بلغت ولو كانت أحق بنفسها أشبه أن لا يجوز ذلك عليها قبل بلوغها ، كما قلنا في المولود يقتل أبوه ويحبس قاتله حتى يبلغ فيقتل أو يعفو " . قال الماوردي : وهذا كما قال : النكاح الموقوف لا يصح ولا يقع إلا على إحدى حالتين من صحة أو فساد ، سواء كان موقوفا على إجازة الزوجة أو الزوج أو الولي ، وكذلك البيع لا يصح أن يعقد موقوفا على إجازة البائع أو المشتري . وقال أبو حنيفة : يصح النكاح الموقوف على إجازة الزوجة ، أو الزوج ، أو الولي ، ". (١)

" ميتين ، فإن كان ابن ابنه بالغا فليس له إجباره على النكاح ، فإن كانت بنت ابنه ثيبا فليس له إجبارها على النكاح ، وإن كان ابن ابنه صغيرا أو بنت ابنه بكرا ، فله إجبار كل واحد منهما على الانفراد ، إن أراد تزويج أحدهما بالأخر ، ففي جوازه جبرا وجهان : أحدهما : لا يجوز تزويج أحدهما حتى يبلغ الابن ، فيكون هو القابل لنفسه : لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل نكاح لم يحضره أربع فهو سفاح ولأن لا يتولى العقد من طرفيه كما لا يجوز لابن العم أن يزوج موليته : لأن لا يصير متوليا للعقد من طرفيه . وهذا قول أبي العباس بن القاص وطائفة . والوجه الثاني : يجوز للجد أن يفعل ذلك ويتولى العقد من طرفيه ، كما يجوز له فيما ينفق من مال على ابن ابنه إذا كان واليا عليه أن يتولى العقد من طرفيه ، وخالف ابن العم في تزويجه ابنة عمه إذا كان واليا عليها من وجهين : أحدهما : أن ولاية الجد توجب **الإجبار** لقوتها وولاية ابن العم تمنع من **الإجبار** لضعفها . والثاني : أن الجد في الطرفين عاقد لغيره وابن العم أحد الطرفين عاقد لنفسه . وهذا قول أبي بكر بن الحداد المصري وطائفة ، فعلى هذا لا بد للجد من أن يتلفظ في عقد نكاحها بالإيجاب فيقول : قد زوجت ابن ابني ببنت ابني ، وهل يحتاج فيه القبول أم لا ؟ على

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٥٤/٩

وجهين : أحدهما : لا بد من أن يتلفظ فيه القبول ، فيقول : وقبلت نكاحها له . وهذا قول أبي بكر بن الحداد ، ولأنه يتولى ذلك بولايتين ، فقام فيه مقام وليين ، فلم يكن بد فيه من لفظتين : أحدهما : إيجاب ، والآخر : قبول . والوجه الثاني : لا يحتاج أن يتلفظ فيه بالقبول ، هذا قول أبي بكر القفال : لأن الجد يقوم مقام وليين ، فقام لفظه مقام لفظين . مسألة لو كان المولى عليه يحتاج إلى النكاح زوجه وليه مسألة : قال الشافعي – رحمه الله تعالى – : " ولو كان المولى عليه يحتاج إلى النكاح زوجه وليه ، فإن أذن له فجاوز مهر مثلها رد الفضل " . قال الماوردي : المولى عليه بالسفه ممنوع من التزويج إلا بإذن وليه : لأن الحجر يمنع من التصرف في العقود ، فإن لم يكن به إلى النكاح حاجة لم يجز له أن يتزوج ، ولا لوليه أن يزوجه لما فيه من التزام المهر والنفقة لغير حاجة ، وإن كان به إلى النكاح حاجة ، إما بأن يرى يتوثب على النساء لفرط الشهوة ، وإما بأن يحتاج إلى خادم ، وخدمة النساء له أرفق به ، فيجوز لوليه أن يزوجه : لأنه مندوب إلى القيام بمصالحه التي هذا منها ، وليصده بذلك عن مواقعة الزنا الموجب للحد والمأثم ، وإذا كان كذلك فوليه بالخيار بين أن يزوجه بنفسه وبين أن يأذن له في التزويج ، فإن زوجه الولي جاز أن يعقد له النكاح على من يختارها له من الأكفاء ، ." (١)

" فأولى أن يلزمه في حال **الإجبار** ضمان النفقة ، فأما إذا قهره على نفسه ليلا وأرسله نهارا ، فقد تعدى كتعديه ، ولو قهره نهارا غير أنه يضمن زمان نهاره ولا يضمن زمان ليله . والفرق بينهما : أن زمان ليله مستحق الاستمتاع الذي لا يقابله عوض فلم يضمن ، وزمان نهاره مستحق للكسب الذي يقابله عوض ضمن . فصل : فإن التزم السيد لها المهر والنفقة ، فله أن يستخدمه في مصره ، وله أن يسافر به : لأمرين : أحدهما : أن السيد إذا التزم له المهر والنفقة سقط عنه ما لزمه بالزوجية فعاد إلى ما كان عليه من قبل ، وقد كان له أن يستخدمه في الحضر والسفر فكذلك الآن . والثاني : أن منزلة السيد مع عبده كمنزلة الحر في نفسه ، فكل ما جاز للحر أن يفعله مع زوجته من تصرف في الحضر وتقلب في السفر ، جاز للسيد أن يفعله مع عبده ، وإذا كان كذلك فللسيد حالتان : إحداهما : أن يستخدمه في مصره ، فله أن يستخدمه نهارا وعليه أن يرسله للاستمتاع بزوجته ليلا : لأن زمان الاستخدام هو النهار ، فيعلق حق السيد به دون الليل ، وزمان الاستمتاع هو الليل ، فيعلق حق العبد به دون النهار . والحال الثانية : أن يسافر به ، فله أن يسافر به ويقطعه عن زوجته ليلا ونهارا . فإن قيل : أفليس الليل في الحضر مستثنى من حق السيد فهلا كان في السفر كذلك ؟ قيل : لأن السيد في الحضر قد يصل إلى حقه من استخدام النهار ، وإذا أرسله

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٧٠/٩

ليلا للاستمتاع ، ولا يصل في السفر إلى حقه من استخدام النهار إذا أرسله ليلا للاستمتاع ، فكذلك صار زمان الليل مستثنى في حال السيد في الحضر وغير مستثنى من السفر ، إلا أن تكون الزوجة مسافرة مع العبد فيستوي حكم الحضر والسفر في استثناء الليل منها . فأما إن كان السيد ممن عمله واستخدامه في الليل دون النهار كالبزارين والرياحين والحدادين ، صار الليل زمان استخدامه لعبده ، والنهار زمان إرساله لاستمتاع بزوجته ، ولا ينبغي للسيد أن يسافر بعبده عند استغنائه عنه قصدا للإضرار به وبزوجته ، وكذلك في مصره . فأما قول الشافعي : " وله أن يسافر بعبده " فقد ذكرنا جوازه . وقوله : " ويمنعه من الخروج من بيته إلى امرأته وفي مصره " ففيه تأويلان : أحدهما - قاله أبو حامد - : أنه يمنعه من الخروج من بيته إذا كانت امرأته فيه ، وإن كانت خارجة منه لم يكن له منعه من الخروج إليها . والثاني - وهو أشبه التأويلين عندي - : أنه يمنعه من الخروج من بيته نهارا : لأنه زمان الاستخدام ، وليس له أن يمنعه من الخروج ليلا في زمان الاستمتاع ، ألا ترى الشافعي قال بعد ذلك : " إلا في الحين الذي لا خدمة له فيه " يعني الليل . ." (١)

"والثاني - وهو الجديد - : أن العم للأب والأم أولى ، وهكذا بنو هذين العمين على القولين ، فإن اختلف الدرج قدم الأقرب ، وإن كان لأب فيكون العم للأب أولى من ابن العم للأب والأم ، وهكذا الكلام في أعمام الآباء والأجداد وبنيهم . فصل : وإذا كان للمرأة أبناء عم أحدهما أخ لأم ، ففيها قولان كالأخ من الأب والأم والأخ من الأب . فإن قيل إنهما سواء كان أبناء العم سواء ، وإن كان أحدهما أخا لأم . وإن قيل : إن الأخ للأب والأم أولى كان ابن العم الذي هو أخ لأم أولى لفضل إدلائه بالأم ، فأما العمان إذا كان أحدهما خالا فهما سواء : لأن الخال لا يرث فلم يترجح به أحدهما على الآخر ، والله أعلم . لا يزوج المرأة ابنها إلا أن يكون عصبة لها قال الشافعي - رحمه الله - : ولا يزوج المرأة ابنها إلا أن يكون عصبة لها " . قال الماوردي : وهذا كما قال : لا ولاية للابن على أمه ، وليس له أن يزوجها بالبنوة . وقال مالك ، وأبو حنيفة ، وصاحبه ، وأحمد ، وإسحاق : يجوز للابن أن يزوج أمه ، واختلفوا في ترتيبه مع الأب . فقال مالك ، وأبو يوسف ، وإسحاق : الابن أولى بنكاحها من الأب . وقال أحمد بن حنبل ، ومحمد بن الحسن : الأب أولى ، ثم الابن . وقال أبو حنيفة : هما سواء ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فأيهما زوجها جاز . واستدلوا جميعا على ثبوت ولاية الابن في نكاح أمه عليها : بأن النبي صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت : يا رسول الله ما لي ولي حاضر ، فقال ما لك ولي حاضر ولا غائب

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي - الماوردي، ٩/٨٤

لا يرضاني . ثم قال لابنها عمر بن أبي سلمة : " قم يا غلام فزوج أمك " . فهذا نص . قالوا : وقد روي أن أنس بن مالك زوج أمه أم سليم من عمه أبي طلحة ، فلم ينكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن ابن المرأة عصبة لها ، فجاز أن يكون وليا في نكاحها كالأب ، ولأن تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب : لأنهما إذا اجتمعا سقط بالابن تعصيب الأب ، وصار معه ذا فرض فاقتضى أن يكون أولى بتزويجها من الأب ، ولأن الولي إنما يراد لحفظ المنكوحة من تزويج من لا يكافئها فيدخل العار على أهلها ، والابن رافع للعار عنها وعن نفسه من سائر الأولياء لكثرة أنفته وعظم حميته ، فكان أحق بنكاحها . ودليلنا : هو أن كل نسب لا يملك به أبو المنتسب الولاية لم يملك به المنتسب بالولاية كالأخ من الأم طردا أو كالأخ من الأب عكسا ، ولأن كل ذي نسب أدلى بمن لا يملك الإجبار على النكاح لم يكن وليا في النكاح كابن الأخت طردا ، وكابن الأخ عكسا ، ولأن من لم يجمعهما نسب لم يثبت بينهما ولاية النسب كالابن من الرضاع . فإن قيل : فالابن مناسب والمرتضع غير مناسب قيل الابن غير مناسب لأمه : لأن يرجع ." (١)

" وإذا كان كذلك ، فالذي لها عليه من الحقوق المهر ، والنفقة ، والكسوة ، والسكنى ، والقسم ، والذي له عليها من الحقوق تمكينه من الاستمتاع ، وأن لا تخرج من منزله إلا بإذنه ، وهذه هي حقوق الزوجية بين المسلمين ، وكذلك بين المسلم والذمية . فأما أحكام العقد عقد زواج المسلم من الكتابية فهي الطلاق ، والظهار ، والإيلاء ، واللعان ، والتوارث ، وكل هذه الأحكام في العقد على الذمية ، كما في العقد على المسلمة إلا في شيئين : أحدهما : أنهما لا يتوارثان المسلم والكتابية : لقوله صلى الله عليه وسلم : لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم . والقول الثاني : أن الحد في قذفها قذف الكتابية التعزير : لأن الإسلام شرط في حصانة القذف برواية نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أشرك بالله فليس بمحصن فإن أراد أن يلاعن ليسقط به هذا التعزير جاز : لأن التعزير ضربان : الأول : تعزير أذى لا يجب . الثاني : وتعزير قذف يجب . فتعزير الأذى : يكون في قذف من لا يصح منها الزنا كالصغيرة والمجنونة ، فلا يجب ، ولا يجوز فيه اللعان ، وتعزير القذف يكون في قذف من يصح منها الزنا ، ولم تكمل حصانتها كالأمة والكافرة ، فيجب ، ويجوز فيه اللعان ، فأما ما سوى هذين الحكمين من الطلاق والظهار والإيلاء والرجعة ، فهي في جميعه كالمسلمة . مسألة : قال الشافعي : " ويجبرها على الغسل من الحيض والجنابة " . قال الماوردي : وأما إجبار الذمية على الغسل من الحيض ، فهو من

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٩/٩٤

حقوق الزوج : لأن الله تعالى حرم وطء الحائض حتى تغتسل بقوله تعالى : ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله [البقرة : ٢٢٢] وكان للزوج إذا منعه الحيض من وطئها أن يجبرها عليه ليصل إلى حقه منها . فإن قيل : الغسل عندكم لا يصح إلا منه ، ولا فرق عندكم بين من لم ينو ومن لم يغتسل ، ومع الكفر **والإجبار** لا تصح منها نية . قيل : في غسلها من الحيض حقان : أحدهما : لله تعالى ، لا يصح إلا بنية . ." [1]

"والآخر : للزوج ، يصح بغير نية ، فكان له إجبارها في حق نفسه ، لا في حق الله تعالى ، فلذلك أجزئ بغير نية ، ألا ترى أنه يجبر زوجته المجنونة على الغسل في حق نفسه ، وإن لم يكن عليها في حق الله تعالى غسل ، وغير ذات الزوج تغتسل في حق الله تعالى ، وإن لم يكن للزوج عليها حق ، وكذلك نجبر الذمية على الغسل من النفاس : لأنه يمنع من الوطء كالحائض ، فأما إجبار الذمية على الغسل من الجنابة ، ففيه قولان : أحدهما : لا يجبرها عليه بخلاف الحيض : لأنه قد يستبيح وطء الجنب ، ولا يستبيح وطء الحائض ، فافترقا في **الإجبار** . والقول الثاني : أنه يجبرها عليه ، وإن جاز وطئها مع بقائه : لأن نفس المسلم قد تعاف وطء من لا تغتسل من جنابة ، فكان له إجبارها عليه : ليستكمل به الاستمتاع ، وإن كان الاستمتاع ممكنا ، فأما الوضوء من الحدث بالنسبة للكتابية فليس له إجبارها عليه قولا واحدا : لكثرته ، وأن النفوس لا تعافه ، وإنه ليس يصل إلى وطئها إلا بعد الحدث ، فلم يكن لإجبارها عليه تأثير . مسألة : قال الشافعي رحمه الله تعالى : " والتنظف بالاستحداد وأخذ الأظفار إجبار الزوجة الكتابية على الاستحداد وأخذ الأظفار " . قال الماوردي : وأصل ما يؤثر في الاستمتاع بالزوجة ضربان : أحدهما : ما منع من أصل الاستمتاع . والقول الثاني : ما منع من كمال الاستمتاع . فأما المانع من أصل الاستمتاع : فهو ما لا يمكن معه الاستمتاع كالغسل من الحيض والنفاس ، فللزوج إجبار زوجته الذمية عليه . وأما المانع من كمال الاستمتاع : فهو ما تعافه النفوس مع القدرة على الاستمتاع كالغسل من الجنابة ، ففي إجبارها عليه قولان ، وإذا استقر هذا الأصل ، فقد قال الشافعي : " والتنظيف بالاستحداد : وهو أخذ شعر العانة – مأخوذ من الحدية التي يحلق بها – فإن كان شعر العانة قد طال وفحش ، وخرج عن العادة حتى لم يمكن معه الاستمتاع أجبر زوجته على أخذه ، سواء كانت مسلمة أو ذمية ، وإن لم يفحش وأمكن معه الاستمتاع ، ولكن تعافه النفس ، ففي إجبارها على أخذه قولان ، وإن لم تعفه النفس لم يجبرها على أخذه قولا واحدا . قال أحمد بن حنبل : والسنة أن يستحد الأعزب كل أربعين يوما ، والمتأهل كل عشرين يوما

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٢٧/٩

، فإن قاله نقلا مأثورا عمل به ، وإن قاله اجتهادا ، فليس لهذا التقدير في الاجتهاد أصل مع اختلاف الحلق في سرعة نبات الشعر في قوم وإبطائه في آخرين واعتباره بالعرف أولى . وأما الأظفار إذا لم تطل إلى حد تعافها النفوس لم يجبرها على أخذها ، وإن عافت النفوس طولها ، ففي إجبارها على أخذها قولان ، وهكذا غسل رأسها إذا سهك ، أو قمل ، وغسل جسدها إذا راح وأنتن ، ففي إجبارها عليه قولان : لأن النفوس تعافه . مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : ويمنعها من الكنيسة ، والخروج إلى الأعياد ، كما يمنع المسلمة من إتيان المساجد " . ." (١)

"قال الماوردي : وصورتها أن يمتنع الزوجان من الرضا بالحكمين مع مقامهما على الشقاق . فإن قيل : إن التحكيم حكم ، لم يؤثر فيه امتناع الزوجين ، وأمضى الحاكم رأيه عن اختيار الحكمين . وإن قيل : إنه وكالة ، لم يصح مع امتناع الزوجين ، ولا يجوز إجبارهما عليه ؛ لأن الوكالة لا تصح مع **الإجبار** ، وكذلك لو امتنع أحدهما كان كامتناعهما ، وإذا لم يصح التحكيم على هذا القول إلا عن رضا الزوجين ، فعلى الحاكم أن ينظر بينهما ، ويستوفي الحق لمن وجب له على من وجب عليه ، غير أنه لا يوقع بينهما طلاقا ، ولا خلعا ؛ لأن الحاكم مندوب إلى استيفاء الحقوق وإنصاف المظلوم ، فإن علم من أحدهما عدوانا على صاحبه منعه منه ، فإن لم يمتنع أدبه عليه . مسألة لو استكرهها على شيء أخذه منها على أن طلقها وأقامت على ذلك بينة مسألة : قال الشافعي ، رحمه الله : " ولو استكرهها على شيء أخذه منها على أن طلقها ، وأقامت على ذلك بينة ، رد ما أخذه ولزمه ما طلق وكانت له الرجعة " . قال الماوردي : وهذه مسألة من الخلع ، وكثيرا ما يختم المزني بمسألة من الكتاب الذي يليه . وصورتها في رجل أكره زوجته على الخلع بضرب أو حبس أو أحد أنواع الإكراه حتى بذلت له مالا على طلاقها ، فالخلع باطل ؛ لأن عقود المعارضات لا تصح مع الإكراه ، وعليه رد المال عليها وطلاقه واقع ؛ لأنه أوقعه باختياره ، وله الرجعة إن كان الطلاق دون الثلاث ؛ لأن البذل لم يحصل له ، فإن ادعت عليه أنه خالعها مكرها فذكر أنه خالعها مختارة ، فالقول قولها مع يمينها ؛ لأنها تنكر استحقاق البذل وهو يدعيه وطلاقه قد وقع بائنا ولا رجعة له ، مقر بطلاق لا يستحق فيه الرجعة ، والفرق بين هذه المسألة والتي تقدمتها في الرجعة : أنه في المسألة الأولى مقر بفساد الخلع فثبت له الرجعة ، وفي هذه المسألة مقر بصحة الخلع فلم يثبت له الرجعة ، فلو ادعت عليه أنه خالعها مكرها لها فأنكرها الخلع كان القول قوله مع يمينه ، ولا طلاق عليه

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٢٨/٩

؛ لأنه في هذه المسألة منكر للطلاق فلم يلزمه ، وفي التي تقدمها مقر بالطلاق فلزمه ، وبالله التوفيق . ." (١)

"قال الماوردي : وهذا صحيح ، ليس للأب أن يجبر الأم على رضاع ولدها . وقال مالك : لا جبر لها إن كانت شريفة أو موسرة ، ويجبرها إن كانت دنية معسرة . وقال أبو ثور : له إجبارها في الأحوال كلها ؛ لقول الله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) [البقرة :] وهذا أمر يقتضي الوجوب ، وما وجب صح فيه **الإجبار** ، ودليلنا قول الله تعالى : (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) [الطلاق :] ذلك من ألفاظ التخيير فسقط **الإجبار** ؛ ولأن إجبارها على رضاعه لا يخلو أن يكون لحق الولد أو لحق نفسه ، فلو كان لحق الولد لأجبرها عليه بعد الفرقة وليس له ذلك فبطل أن يكون لحق الولد ، ولو كان لحق نفسه لأجبرها على رضاع غيره ولكان له إجبارها على خدمته وليس ذلك فبطل أن يكون لحق نفسه ، وإذا بطلا سقط الوجوب وزال **الإجبار** ، وما استدلوا به محمول على الأخبار بخروجه مخرج الخبر دون الأمر . فصل : فإذا أرادت الأم رضاعه لم يكن للأب منعها لفضل حنوها عليه وإشفاقها ، ولاستمرائه لبنها ، ولإدراره عليه أكثر من غيرها ، وقال أبو حامد الإسفراييني : له منعها من رضاع ولدها لما استحقه من اتصال الاستمتاع بها إلا ما استثناه العرف من أوقات النوم والأكل والشرع من أوقات العبادات ، وما عداها دين وحق له وقت الرضاع منه ، فكان له كفها عنه ، والصحيح أن ينظر في سبب المنع ، فإن كان لأجل الاستمتاع وفي أوقاته كان له منعها من رضاعه ؛ لأنه يقصد الضرر إذا منع لغير الاستمتاع ، ولا يقصد إذا منع للاستمتاع ، فإذا مكنها وأرضعته فقد اختلف أصحابنا هل يستحق لأجل رضاعه زيادة في نفقتها ، على وجهين : أحدهما : وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنها تستحق زيادة في نفقتها ؛ لأنها تحتاج في الرضاع إلى زيادة غداء . والوجه الثاني : لا حق لها في الزيادة ؛ لأن نفقتها غير مقدرة بالكفاية وإنما هي معتبرة بحال الزوج في يساره وإعساره ، وكذلك سوى فيها بين الرغيبة والزهيدة ، وإن كانت الرغيبة أكثر أكلا وأقل صبرا . القول في إجارة المرأة للرضاع [القول في إجارة المرأة للرضاع] فصل : ولا يجوز أن تؤجر الزوجة نفسها لرضاع غير ولدها ولا لخدمة غير زوجها لاستحقاق منافعها في استمتاع الزوج بها ، فصارت كمن أجر نفسه شهرا لخدمة زيد ثم أجر نفسه شهرا لخدمة عمرو لم يجز لاستحقاق منافعة

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٦٠٨/٩

وبالعقد المتقدم ، وكذلك لو أرادت التطوع برضاع غير ولدها وخدمة غير زوجها لم يجز ، ولو أجرت ." (١)

" نفسها لرضاع ولدها وخدمة زوجها لم يجز ، ولو تطوعت بهما جاز ؛ لأنها بالإجارة معاوضة بالأجرة ، وقد ملكت عوض منافعها بالنفقة فلم تجمع بين عوضين في عين ، وهي بالتطوع غير معاوضة وإنما بذلت زيادة منفعة وعلى هذا لو خاطت له ثوبا لم تستحق عليه أجرة ؛ لأنه لا يصح أن يستأجرها على خياطته وصارت متطوعة به . القول في طلب المرأة إرضاع ولدها [القول في طلب المرأة إرضاع ولدها] مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " وإذا طلبت إرضاع ولدها وقد فارقها زوجها فهي أحق بما وجد الأب أن يرضع به فإن وجد بغير شيء فليس للأم أجرة والقول قول الأب مع يمينه (قال) في موضع آخر : إن أرضعت أعطاها أجر مثلها (قال المزني) رحمه الله : هذا أحب إلي ؛ لقول الله جل ثناؤه (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) [الطلاق :] . قال الماوردي : قد ذكرنا أن الأم لا يجبرها الأب على رضاع ولدها مع بقاء الزوجية فكان أولى أن لا يجبرها على رضاعه بعد الفرقة ؛ لأنه لما ضعف عن **الإجبار** مع استحقاقه لمنافعها كان أولى أن يضعف عنه مع سقوط حقه منها ، وإن طلبت رضاعه لم يخل حالها من ثلاثة أقسام : أحدها : أن تطلبه متطوعة بغير أجرة فهي أحق برضاعه ، وليس للأب انتزاعه منها لقول الله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) [البقرة :] ولقول النبي صلى الله عليه وسلم : " لا توله والدة عن ولدها " ولأنها أحن عليه وأشفق ؛ ولأن لبنها أدر عليه وأوفر ؛ ولأنه يستمرئه أكثر من استمراء غيره . والقسم الثاني : أن تطلب رضاعه بأكثر من أجرة المثل ، فالأب أحق به ليسترضع له غيرها بأجرة المثل ؛ لقول الله تعالى : (وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى) [الطلاق :] وفي تعاسرتم تأويلان : أحدهما : تضايقتم . والثاني : اختلفتم . وفي طلبها أكثر من أجرة المثل تعاسر فجاز للأب أن يعدل به إلى غيرها ؛ ولأن طالب الزيادة في حكم الممتنع ، كالعادم الماء إذا بذل له بأكثر من ثمنه ، فلو كانت ذات لبن لا يستغني عنه المولود وليس يوجد لبن من غيرها أخذت ." (٢)

" موالي أبي طيبة حين حجمه وقد ضربوا عليه خراجا أن يخففوا عنه خراجه ؛ دل على جوازه وهو من العقود الجائزة دون اللازمة ، وجوازه معتبر بشرطين : أحدهما : أن يتراضيا به لأنه عقد معاوضة لا يصح من **الإجبار** . والثاني : أن يكون العبد مكتسبا لقدر خراجه فما زاد ، فإن قصر كسبه عن خراجه لم يصح

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٤٩٥/١١

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٤٩٦/١١

؛ لقول عثمان رضي الله عنه في خطبته : " لا تكلف الصغير الكسب فيسرق ولا الأمة غير ذات الصنعة فتكتسب بفرجها " ، ويستوفي منه السيد خراجه . فإن عجز عنه جاز أن ينظر به وجاز له وللعبد أن يفسخ كل واحد منهما عقد المخارجة بسبب أو غير سبب ، فإن فسخه أحدهما وفي يد العبد فاضل من كسبه كان ملكا لسيده ، وبالله التوفيق . مسألة : قال الشافعي رحمه الله تعالى : " ولو كانت لرجل دابة في المصر أو شاة أو بعير علفه بما يقيمه ، فإن امتنع أخذه السلطان بعلفه أو بيعه " . قال الماوردي : نفقات البهائم المملوكة واجبة على أربابها ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم . ، ونهى عن تعذيب البهائم وعن قتلها إلا لمأكله ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أطلعت ليلة أسري بي في النار فرأيت امرأة تعذب فسألت عنها فقيل إنها ربطت هرة فلم تطعمها ولم تسقها ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض حتى ماتت فعذبها الله تعالى ، واطلعت على الجنة فرأيت امرأة مومسة – يعني : زانية – فسألت عنها فقيل : إنها مرت بكلب على بئر يلهث من العطش فأرسلت إزارها فبلته وعصرته في حلقه حتى روي فغفر الله لها ، فدل كلا الأمرين على حراسة نفوق البهائم بإطعامها حتى تشبع وبسقيها حتى تروى سواء كانت مأكولة أو غير مأكولة فإن قصر فيها حتى هلكت أو نهكت أثم . مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " فإن كان ببادية غنم أو إبل أو بقر أخذت على المرعى خلاها والرعي ، فإن أجدبت الأرض علفها أو ذبحها أو باعها ولا يحبسها فتموت هزلا إن لم يكن في الأرض متعلق وأجبر على ذلك إلا أن يكون فيها متعلق لأنها على ما في الأرض تتخذ وليست كالدواب التي لا ترعى والأرض مخصبة إلا رعيا ضعيفا ولا تقوم للجدب قيام الرواعي " . قال الماوردي : علوفة البهائم معتبرة بعرفها ، ولها في العرف ثلاثة أحوال : أحدها : أن تكون معلوفة لا ترعى ؛ فعليه أن يعلفها حتى تنتهي إلى أول شبعها ، ولا يلزمه الانتهاء إلى غايته ، ويسقيها حتى تنتهي إلى ريها دون غايته ، وليس له أن يعدل بها إلى الرعي إذا لم تألفه ، فإن امتنع من علفها أو قصر عن كفايتها روعي حالها ، فإن ." (١)

"أحدهما : يستوفي سيد العبد عن عاقلة الحر نصف القيمة ويؤديه إلى ورثة الحر في نصف الدية ليقبضها بحق ملكه ويدفعها بحق التزامه . والوجه الثاني : أن ينتقل الحق إلى ورثة الحر ، وليس لسيد العبد أن يقبضه ، لأنه مستحق ، وربما تلف بين قبضه وإقباضه فتلف على مستحقه ، فصار ما استحقه السيد من نصف القيمة منتقلا إلى ورثة الحر بما استحقوه من نصف الدية وإن كان نصف قيمة العبد أكثر من نصف الدية أخذ سيده الفاضل من نصف قيمته بعد أن يستوفي ورثة الحر نصف ديته ، وإن كان نصف

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٥٣١/١١

الدية أكثر من نصف قيمة العبد كان الفاضل ونصف الدية هدرا ، وبالله التوفيق . فصل : إذا جذب رجلان ثوبا بينهما فتخرق ، فإن كان الثوب لهما فعلى كل واحد منهما لصاحبه ربع أرش خرقه ، لأنه يملك نصف الثوب ، وخرقه بفعله وفعل شريكه مسقطا ما قابل فعله ، ووجب له ما قابل فعل شريكه فيتقاضيان ذلك ، لأن كل واحد منهما يجب عليه مثل ما يجب له ، وإن كان الثوب لأحدهما كان نصف أرشه هدرا ، لأنه مقابل لفعل مالكه ، ونصف الأرش على الذي لا ملك له فيه ، وإن كان الثوب لغيرهما كان على كل واحد منهما نصف أرشه لمالكه . فصل : وإذا اصطدم رجلان بإناءين فيهما طعام فانكسر الإناءان واختلط الطعامان ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف قيمة إنائه ، وكان نصفه الباقي هدرا ، وأما الطعامان فضربان : أحدهما : أن يمكن تمييز أحدهما عن الآخر بعد اختلاطه كالسويق والسكر الصحيح ، فيميز كل واحد منهما طعامه من طعام صاحبه ، فإن احتاج تمييزهما إلى أجرة صانع كانت بينهما ، فإن كان لتمييزهما بعد اختلاطهما نقصان في قيمتهما رجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف أرش نقصان طعامه . والضرب الثاني : أن لا يمكن تمييزهما بعد اختلاطهما كالسويق والعسل ، فيقوم كل واحد من الطعامين على انفراده ، ثم يقومان بعد الاختلاط ، فإن لم يكن فيهما نقصان فلا غرم وصارا شريكين فيه بتقدير الثمنين ، كأن قيمة السويق خمسة دراهم وقيمة العسل عشرة دراهم فيكون صاحب السويق شريكا فيه بالثلث ، وصاحب العسل شريكا فيه بالثلثين ، فإن باعاه اقتسما ثمنه على قدر شركتهما ، وإن أرادا قسمه بينهما جبرا لم يجز ، لأن كل واحد منهما معاوض عن سويق بعسل ، وذلك بيع لا يدخله الإجبار وإن أرادا قسمة عن تراض ففي جوازه قولان : أحدهما : يجوز إذا قيل : إن القسمة بيع بدخول التفاضل فيه ، وإن نقص ." (١)

"والثاني : أن نكوله في غير القسامة لما لم يوجب حبسه لنفي الإجبار عن الأيمان ، فنكوله في القسامة أولى : لأن الأيمان فيها أكثر والتغليظ فيها أشد . وقوله : " إن الأيمان هي نفس الحق " ، فليس صحيحا : لأن الأيمان لقطع الخصومة وإسقاط الدعاوى ، ولو كانت نفس الحق لما جاز أن يقبل منهم الدية إذا اعترفوا ، وحكمهم في الاعتراف أغلظ من الجحود . فصل : والضرب الثاني : أن لا يكون مع الدعوى لوث في القسامة ، فتسقط لعدم اللوث البداية بيمين المدعي لضعف سببه ، ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه ، وفي تغليظها بالعدد القسامة قولان : أحدهما : وهو قول أبي حنيفة ، واختار المزني : أنها لا تغلظ بالعدد ، ويستحق فيها بيمين واحدة يحلف بها المدعى عليه على إنكاره : لأنه لما سقط – لعدم اللوث – تغليظ القسامة في الابتداء بيمين المدعي ، سقط تغليظها بعدد الأيمان جمعا بينها

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٢/٣٢٨

وبين سائر الدعاوى في الأمرين . والقول الثاني : أنها تغلظ بالعدد ، فيحلف خمسين يمينا : تغليظا لحرمة النفس ، كما تغلظ بالكفارة ، وإن لم يحكم فيها بالقسامة . فعلى هذا إن كان المدعى عليه واحدا حلف خمسين يمينا ، وإن كانوا جماعة فعلى ما قدمناه من القولين : أحدهما : أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا . والقول الثاني : أن الخمسين مقسطة بينهم على عدد الرؤوس . فإن كانوا خمسة حلف كل واحد منهم عشرة أيمان ، وإن كانوا عشرة حلف كل واحد منهم خمسة أيمان ، فإن حلفوا برئوا ، وإن نكلوا ردت الأيمان على المدعي . وهل تغلظ بالعدد إذا ردت عليه ؟ على قولين كالمدعى عليه : أحدهما : لا تغلظ ، ويحلف يمينا واحدة . ويستحق دم صاحبه في العمد والخطأ . والثاني : تغلظ بالعدد فيحلف خمسين يمينا ، فإن كان واحدا حلف جميعها . وإن كانوا جماعة فعلى قولين : أحدهما : يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا . والقول الثاني : أنها تقسط بينهم على قدر مواريثهم بجبر الكسر . فإذا حلفوا حكم لهم بدم صاحبهم ، واستحقوا القود في العمد قولا واحدا : لأن أيمانهم بعد نكول المدعى عليه تجري مجرى إقراره في أحد القولين ، ومجرى البينة في القول الثاني . ." (١)

" فرضه عليه ومن تعين عليه فرض أخذ به جبرا . ولاية المفولاضول مع وجود الأفضل : وإذا تكاملت شروط القضاء في جماعة كان الأولى بالإمام أن يقلد أفضلهم . فإن عدل عن الأفضل إلى المقصر انعقدت ولايته لأن الزيادة على كمال الشروط غير معتبرة . ولو تكاملت شروط الإمامة في جماعة وجب على أهل الاختيار من أهل العقد أن يقلدوا أفضلهم . وإن عدلوا عن الأفضل إلى المفضول لعذر صح العقد . وإن عدلوا عنه لغير عذر فقد اختلف الفقهاء في صحة إمامته فذهب جمهورهم إلى صحتها كالقضاء ، وذهب بعضهم إلى فسادها لفساد الاختيار في العدول عن الأفضل إلى المفضول . وفرقوا بين الإمامة والقضاء بأن القضاء نيابة خاصة فجاز أن يعمل فيها على اختيار المستنيب كالوكالة ، والإمامة ولاية عامة ولم يصح فيها تفريط أهل الاختيار لافتياتهم على غيرهم . تقليد طالب القضاء : وإذا تكافأت الجماعة في شروط القضاء وكان فيهم طالب للولاية وفيهم ممسك عنها فالأولى بالإمام أن يقلد الممسك دون الطالب . لأنه أرغب في السلامة . فإن امتنع لعذر لم يجبر عليه . وإن امتنع لغير عذر ففي جواز إجباره عليه وجهان : أحدهما : لا يجبر عليه : لأنها نيابة لا يدخلها **الإجبار** كالوكالة . والوجه الثاني : يجبر عليه : لأنه مأمور بطاعة إن ترك فيها على امتناعه جاز أن يكون حال غيره مثل حاله فيفضي الأمر إلى تعطيل القضاء . وخالف حال الوكالة التي لا تتعلق بطاعة . فإن عدل الإمام عن الممسك إلى الطالب جاز وصح تقليده بعد أن

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٦/١٣

اعتبر حال الطالب في طلبه . وله فيه خمسة أحوال ، مستحب ومحظور ومباح ومكروه ومختلف فيه . فأما الحال الأولى : وهو الطلب المستحب طلب القضاء فهو أن تكون الحقوق مضاعة بجور أو عجز والأحكام فاسدة بجهل أو هوى ؛ فيقصد بطلبه حفظ الحقوق وحراسة الأحكام فهذا ." (١)

"أحدهما : يمنع منها . والثاني : يجيب إليها . وقال آخرون : إنما أشار به إلى أجرة القسمة ، فأما القسمة فليس للحاكم أن يمنعهم منها في حق الصغير ، وهو يجبر عليها في حق الكبير : لأن الصغير لا يمنع من الحقوق ، وجعلوا احتمال هذا الكلام محمولا على الأجرة وخرجوا في إلزامه أجرة القسمة وجهين : أحدهما : يلزمه الحاكم قسطه منها مع عدم حظه فيها كما يلزمه ما لا حظ له فيه من مؤونة وكلفة . والوجه الثاني : أن الحاكم يقول لشركاء الصغير إن أردتم القسمة التزمتم قسطه من الأجرة ، ولم يوجب في ماله ما لا حظ له فيه . أنواع الأموال المشتركة [أنواع الأموال المشتركة] . مسألة : قال الشافعي : " وإذا تداعوا إلى القسم وأبى شركاؤهم فإن كان ينتفع واحد منهم بما يصير له مقسوما أجبرتهم على القسم فإن لم ينتفع الباقون بما يصير إليهم فأقول لمن كره إن شئتم جمعتم حقكم فكانت مشاعة بينكم لينتفعوا بها " . قال الماوردي : اعلم أن الأموال المشتركة على ثلاثة أقسام : أحدها : ما تدخله قسمة الإجبار ، وهو من الدور والأرضين ما تتساوى قيم كل موضع منه ، وفي معناه ما تتساوى أجزاؤه من الحبوب والأدهان ، فهذا يقسم بين الشركاء إجبارا إذا امتنع بعضهم واختيارا إذا رضي جميعهم . والقسم الثاني : ما تدخله قسمة الاختيار ولا تدخله قسمة الإجبار ، وهو ما تختلف قيم كل موضع منه من الدور والأرضين وكالحمام والسفينة والسيف والثوب لنقصانهما بالقسمة ، فهذا يقسم بين الشركاء اختيارا إذا رضي جميعهم ، ولا يقسم بينهم إجبارا إذا امتنع بعضهم . والقسم الثالث : ما لا تدخله قسمة الإجبار ولا تدخله قسمة الاختيار ، وهو كل ما يتلف بالقسمة ، كالجوهرة واللؤلؤة والعبد والدابة ، فهذا يمنع الشركاء فيه من قسمه ، وإن رضوا بها : لأنه إتلاف ملك في غير نفع فكان سفها يستحق به الحجر . فصل : [امتناع بعض الشركاء من القسمة في ما تدخله قسمة الإجبار] . فأما ما تدخله قسمة الإجبار في الدور والأرضين إذا دعا بعض الشركاء إلى القسمة وامتنع بعضهم منها فهو على ثلاثة أقسام : أحدها : أن لا يستضر بالقسمة واحد منهم ، وينتفع بما حازه مقسوما ، كانتفاعه به ." (٢)

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٦/١٠

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٦/٢٥٠

" مشتركا ، فيجاب طالب القسمة إليها ، ويجبر الممتنع عليها لأمرين القسمه : أحدهما : ليتصرف على اختباره . والثاني : ليأمن اختلاط الأيدي وسواء المشاركة . والقسم الثاني : أن يستضر كل واحد منهم بالقسمة ، وكثرة السهام ، وذهاب منافعها بافتراق الجزاء وحصول منافعها باجتماعها ، فتصير كقسمة ما لا يدخله **الإجبار** من البئر والحمام والرحى والسيف ، فلا تقسم بينهما جبرا لدخول الضرر على جميعهم . ويكون القول في القسمة قول الممتنع منها وهو مذهب جمهور الفقهاء . وقال مالك : القول فيها قول طالب القسمة ، ويجبر الممتنع عليها مع دخول الضرار على الطالب والمطلوب ؛ لينفرد بملكه ويده ودليلنا : ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لا ضرر ولا ضرار ومن ضار أضر الله ومن شاق شق الله عليه " وروي عنه عليه السلام أنه " نهى عن قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال " ولأن ما عم الضرر بقسمه سقط عنه **الإجبار** على القسمة كالجوهرة . والقسم الثالث : أن يستضر بالقسمة بعض الشركاء دون بعض . فقد اختلف الفقهاء في حكم **الإجبار** عليها على مذاهب . فقال مالك : يجبر عليها من امتنع منها . وقال أبو ثور : لا يجبر . وقال ابن أبي ليلى : يباع ويقسم الثمن بينهما . وعلى مذهب الشافعي وأبي حنيفة إن كان طالب القسمة منتفعا أجبر عليها الممتنع وإن استضر ؛ لما قدمناه من العلتين : إحداها : كمال تصرفه على اختياره والثاني : انفراد يده من سوء المشاركة . فأما إن كان طالب القسمة هو المستضر بها ، والمطلوب هو المنتفع بها فقد اختلف أصحابنا في إجابة الطالب إليها ، وإجبار المطلوب عليها القسمه ، على وجهين : أحدهما : يجبر على القسمة لانتفاء الضرر عن المطلوب . والوجه الثاني : لا يجبر عليها لدخول الضرر على طالبها . واختلف أصحابنا فيما يعتبر به دخول على وجهين الضرر فى القسمه : ." (١)

" للقسمة أو قد تراضى به الشركاء فيها . فإن ندبه الحاكم لها تمت القسمة بينهم بالقرعة ، واستقر ملك كل واحد منهم على ما خرج له بها ، ولا خيار له : لأن قسمته بأمر الحاكم حكم منه بها ، فنفذ ولم يقف على خيارهم . وإن تراضى به الشركاء فيها ففيما تلزمه القسمة به وجهان مخرجان من اختلاف قول الشافعي في الخصمين وإذا تراضيا بحكم من لا ولاية له ، ففي نفوذ حكمه عليها قولان القاسم اذا رضيه الشركاء : فإن قيل : إن حكمه لازم لهما ، ونافذ عليهما كالحاكم ثبتت القسمة بالقرعة كما لو أمر بها الحاكم . وإن قيل : لا يلزمهما حكمه إلا بالتزامهما له بعد الحكم لم تتم القسمة بالقرعة إلا أن يتراضوا بها بعد القرعة . مسألة قسمة ما اختلفت أجزاؤه من الأرض وقسمة التعديل والرد [قسمة ما اختلفت أجزاؤه

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي - الماوردي، ٢٥١/١٦

من الأرض وقسمة التعديل والرد] . مسألة : قال الشافعي : " فإذا كان في القسم رد لم يجز حتى يعلم كل واحد منهم موضع سهمه وما يلزمه ويسقط عنه وإذا علمه كما يعلم البيوع التي تجوز أجزأته لا بالقرعة " . قال الماوردي : اعلم أن الأرض المشتركة وقسمة التعديل ضربان : أحدهما : أن تكون متساوية الأجزاء ، وهي التي تدخلها قسمة الإجبار ، وقد مضى حكمها ، وذكرنا كيف تقسم . والضرب الثاني : أن تكون مختلفة الأجزاء ، فيكون بعضها عامرا ، وبعضها خرابا ، أو بعضها قويا ، وبعضها ضعيفا ، أو يكون في بعضها شجر وبناء ، وليس في الباقي شجر ولا بناء أو يكون في بعضها شجر بلا بناء وفي الباقي بناء بلا شجر أو يكون على بعضها مسيل ماء ، أو طريق " سابل " وليس على الباقي طريق ولا مسيل ، إلى ما جرى هذا المجرى من اختلاف أجزائها به . فهذا على ضربين : أحدهما : أن يمكن تساوي الشريكين بالقسمة في جيده ورديئه الارض المشتركه ، مثل أن يكون الجيد في مقدمها والرديء في مؤخرها ، وإذا قسمت بينهما نصفين صار إلى كل واحد منهما من الجيد والرديء مثل ما صار لصاحبه من الجيد والرديء ، فهذه تدخلها قسمة الإجبار ، وتصير في القسمة كالمتساوية الأجزاء . ." (١)

"والضرب الثاني : أن لا يمكن تساويهما في الجيد والرديء الارض المشتركه ؛ لأن العمارة في أحد النصفين دون الآخر ، أو لأن الشجر والبناء في أحد النصفين دون الآخر ، فقسمة مثل هذا قد تكون على أحد أربعة أضرب : أحدها : أن تقسم قسمة تعديل بالقيمة على زيادة الذرع : مثاله : أن تكون الأرض ثلاثين جريبا بين شريكين نصفين وتكون عشرة أجربة من جيدها بقيمة عشرين جريبا من رديئها ، فيقسم بينهما على فضل الذرع فيجعل أحد السهمين عشرة أجربة ، لفضل جودته ، والسهم الآخر عشرين جريبا ، لنقص رداءته . ففي دخول الإجبار في هذه القسمة قولان قسمة التعديل : أحدهما : أنه لا إجبار فيها لتعذر التساوي في الذرع وتكون موقوفة على التراضي . والقول الثاني : واختاره أبو حامد الإسفراييني : أنه تدخلها قسمة الإجبار لوجود التساوي في التعديل . فعلى هذا فيما يستحقه القاسم من أجرته وجهان : أحدهما : أنها على الشريكين نصفين ، لتساويهما في أصل الملك . والوجه الثاني : أن على صاحب العشرة الأجربة ثلثها ، وعلى صاحب العشرين ثلثيها لتفاضلهما في المأخوذ بالقسمة . والضرب الثاني : أن تقسم قسمة رد مع التساوي في الذرع ، مثاله : أن يكون الشجر والبناء في جانب من الأرض ، فيقسم الأرض بينهما نصفين بالسوية ، ويجعل الشجر والبناء قيمة ، فإن كانت قيمته ألف درهم ، وجب على من صار له جانب الشجر والبناء خمسمائة درهم يدفعها إلى صاحبه . فهذه القسمة ، قسمة مراضاة لا يدخلها

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٦/٢٥٥

الإجبار : لأن دخل الرد بالعوض يجعلها بيعا محضا ، وليس في البيع إجبار . ولهما في هذه القسمة أربعة أحوال قسمة التراضي : أحدها : أن يتراضيا بهذه القسمة ويتفقا على من يأخذ الأعلى ويرد ، ومن يأخذ الأدنى ويسترد ، فقد تمت القسمة بينهما بالمراضاة بعد تلفظهما بالتراضي : لأن البيع لا يصح إلا باللفظ ويكون تلفظهما بالرضى جاريا مجرى البدل والقبول ، ولهما خيار المجلس ما لم يفترقا وإن شرطا في حال الرضا خيار ثلاث كان لهما . وقال مالك : إن كان الرد فيها قليلا صحت ، وإن كان كثيرا بطلت . ." (١)

"وهي عندنا مع قليل الرد وكثيره جائزة : لأنها معتبرة بالتراضي وجارية مجرى البيع . والحال الثانية : أن يتنازعا في طلب الأعلى ويتزايدان أو يتنازعا في طلب الأدنى ويتناقصان ، ثم يستقر الأمر بينهما بعد الزيادة والنقصان على من يأخذ الأعلى ويرد ، ومن يأخذ الأدنى ويسترد ، فتتم هذه القسمة بينهما بالمراضاة ، ويبطل بها ما تقدم من تقويم القاسم ، بما استقر بينهما من الزيادة عليها أو النقصان فيها ثم الخيار على ما قدمناه . والحال الثالثة : أن يتنازعا في طلب الأعلى ، فيطلبه كل واحد من غير زيادة ، أو يتنازعا في أخذ الأدنى ، فيطلبه كل واحد منهما من غير نقصان ، ولا يتراضيا فيه بالقرعة ، فلا إجبار على واحد منهما ويقطع النزاع بينهما وتصير الأرض باقية بينهما على الشركة كالشيء الذي لا يدخله القسم . والحال الرابعة : أن يتنازعا ويتراضيا بالقرعة . ففي جواز الإقراع بينهما وجهان : أحدهما : لا يجوز : لأنه بيع وليس في البيع إقراع . والوجه الثاني : يجوز الإقراع بينهما تغليبا لحكم القسمة واعتبارا بالمراضاة . فعلى هذا إن كان القاسم من قبل الحاكم ، فلا خيار لهما بعد القرعة ، وإن كان القاسم من قبلهما ثبت لهما بعد القرعة خيار . وفيه وجهان : أحدهما : أنه كخيار العيب معتبر بالفور . والثاني : أنه خيار مجلس يعتبر بالافتراق . والضرب الثالث : من ضروب القسمة أن تقسم الأرض بينهما نصفين بالسوية ، ويكون ما فيها من الشجر والبناء على الشركة . فإن تنازعا في هذا ، ولم يتفقا عليه ، لم يقع فيه إجبار وإن تراضيا به واتفقا عليه ، دخل في الأرض قسمة الإجبار ما كانا مقيمين على هذا الاتفاق ، وقسمت بينهما جبرا بالقرعة . وإن رجع أحدهما عن الاتفاق زالت قسمة الإجبار وكانت موقوفة على التراضي . الضرب الرابع : أن يقسم بياض الأرض بينهما بالسوية ويكون ما فيه الشجر والبناء بينهما على الشركة . ففي حكم هذه الأرض إذا تميز بناؤها وشجرها عن بياضها وجهان : ." (٢)

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٥٦/١٦

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٥٧/١٦

"أحدهما : أن حكمها حكم أرض واحدة لاتصالها ، فعلى هذا لا تدخلها قسمة **الإجبار** في بياضها ؛ لأنه لا يدخلها في شجرها ونباتها . والوجه الثاني : أن حكم شجرها وبنائها متميز عن حكم بياضها ، فصارتا باختلاف الصفتين كالأرضين المفترقتين ، فتدخلها قسمة **الإجبار** في البياض ، كما لو انفرد ولا تدخلها قسمة **الإجبار** في الشجرة والبناء كما لو انفرد . فصل : وإذا كانت الأرض مما تصح فيها قسمة التعديل وقسمة الرد ، فدعا أحد الشريكين إلى قسمة التعديل ودعا الآخر إلى قسمة الرد في قسمة التعديل والرد ، فإن قلنا إن قسمة التعديل يدخلها **الإجبار** كان القول قول من دعا إليها ، وإن قلنا : إنه لا يدخلها **الإجبار** لم يترجح قول واحد منهما ووقفت على مراضاتهما بإحداهما من قسمة التعديل أو قسمة الرد . وهكذا قسمة الدار المشتركة تكون على ما ذكرناه من الضروب الأربعة . فإذا قسمت على إجبار أو تراض وكان لكل واحد من السهمين طريق مفرد يختص به انقسمت القيمة عليه . وإن لم يكن لواحد منهما طريق إلا أن يحاز من الملك ما يكون طريقا لهما وجب أن يخرج من الملك قبل القسمة ما يكون طريقا لهما مشتركا بينهما ثم يقسم بعده ما عداه . وقد روى قتادة ، عن بشير بن كعب ، عن أبي هريرة ، قال : " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا تنازع الناس في طرقهم جعلت سبعة أذرع " . وهذا يجوز أن يكون محمولا على عرف المدينة فإن البلاد تختلف طرقها بحسب اختلافها فيما يدخل إليها ويخرج منها فقد يكفي في بعض البلاد ما هو أقل من هذا ، وقد لا يكفي في بعضها إلا ما هو أكثر من هذا . وهذا في الطرق العامة . فأما في هذا الاستطراق الخاص بين هذين الشريكين فقد اختلف الفقهاء فيه إذا تنازعا في قدره . فقال أبو حنيفة : تكون سعته بقدر ما تدخله الحمولة ، ولا يضيق بها . وعند الشافعي يكون معتبرا بما تدعو الحاجة إليه في الدخول والخروج ، وما جرت العادة بحمل مثله إليها ، ولا يعتبر بسعة الباب . لأنهما قد يختلفان في سعة الباب ، كما اختلفا في سعة الطريق . ولأن طريق الباب في العرف أوسع من الباب . مسألة قسمة العلو والسفل ." (١)

" قسمة العلو والسفل مسألة : قال الشافعي : ولا يجوز أن يجعل لأحدهما سفلا وللآخر علوا إلا أن يكون سفله وعلوه لواحد " . قال الماوردي : وهذا صحيح ، إذا كانت دار بين شريكين وطلب أحدهما أن يقسم بينهما ، على أن يجعل السفل لأحدهما والعلو للآخر قسمة العلو والسفل لم يقع في هذه القسمة إجبار : لأنهما شريكان في السفل والعلو ، ومن ملك السفل ملك ما تحته من الأرض وما فوقه من الهواء ، بدليل أن له أن يحفر في الأرض ما شاء ويبني في الهواء ما شاء ، وهذه القسمة تمنع صاحب السفل

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٦/٢٥٨

من حقه في الهواء ، وتمنع صاحب العلو من حقه في الأرض ، فبطل أن يكون في هذا قسمة إجبار . فإن تراضى الشريكان بهذه القسمة ، جازت بالتراضي . وقد نص الشافعي عليه في كتاب الصلح وكانت هذه القسمة بيعا . فلو دعا أحدهما إلى قسمة السفل على انفراده وقسمة العلو على انفراده قسمة العلو والسفل لم يقع فيه إجبار ، وقسم العلو مع السفل : لأنه تبع له ، وقد يجوز إذا أفرد كل واحد منهما بالقسمة أن يحصل علو السفل الذي لأحدهما لغيره وسفل العلو الذي لأحدهما لغيره ، فلذلك لم يجز إفراد قسمة كل واحد منهما جبرا إلا أن يتراضيا عليه فيجوز بتراضيهما . قسمة الدور فصل : وإذا كان بين الشريكين داران محوزتان فطلب أحد الشريكين القسمة على أن تكون كل واحدة من الدارين لأحدهما بالقرعة لم يقع فيه إجبار ؛ لأن كل دار منهما مشتركة بينهما ، فوجب أن يقسم كل واحدة بينهما . فإن تراضيا بهذا لم تكن قسمة وكانت بيعا محضا يبيع كل واحد منهما حقه من إحدى الدارين بحق شريكه من الدار الأخرى . فيكتب فيه كتاب ابتياع ولا يكتب فيه كتاب قسمة ، ويكون بيع مناقلة . قسمة الأرض المزروعة فصل : وإذا كان بين الشريكين أرض مزروعة فطلب أحدهما القسمة قسمة الأرض المزروعة ، فله ثلاث أحوال : إحداها : أن يطلب قسمة الأرض ليكون فيها الزرع باقيا على الشركة ، فيصح **الإجبار** في هذه القسمة على الأرض وحدها ولا يمنع منها ما في الأرض من الزرع ، ." (١)

" بخلاف البناء والشجر : لأن الزرع مستودع فيها إلى مدة تكامله ، والبناء والشجر مستدام . والحال الثانية : أن يطلب قسمة الزرع وحده فلا إجبار فيه ؛ لأن الزرع لا يمكن تعديله بينهما ، سواء كان ظاهرا أو باطنا . فإن تراضيا وكان الزرع مما لا يدخله الربا ؛ لأنه بقل أو قطن أو كتان ، جاز اقتسامهما به عن مراضاتهما . وإن كان مما فيه الربا كالبر والشعير جاز إن كان فيصلا ولم يجز إن كان بذرا أو سنبلا مشتدا لدخول الربا فيه لجواز التفاضل . والحال الثالثة : أن يطلب قسمة الأرض بما فيها من الزرع ، فينظر : فإن كان الزرع فصيلا صح فيها قسمة الاختيار على انفراده ، وتدخله قسمة **الإجبار** ، وكان الزرع تبعا للأرض ، كالبناء والشجر لا تدخله قسمة **الإجبار** على انفراده ، وتدخله قسمة **الإجبار** إن كان مع الأرض تبعا . وإن كان الزرع بذرا أو حبا مشتدا يدخله الربا ، فإن قيل إن القسمة بيع ، لم يدخله **الإجبار** ولا قسمة التراضي خوف الربا ، وإن قيل القسمة إفراز حق وتمييز نصيب صح فيه قسمة **الإجبار** وقسمة التراضي : لأن الزرع تبع للأرض . إذا ادعى أحد المقسمين غلطا في القسمة [إذا ادعى أحد المقسمين غلطا في القسمة] . مسألة : قال الشافعي : " وإذا ادعى بعضهم غلطا كلف البينة فإن جاء بها رد القسم عنه " .

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٥٩/١٦

قال الماوردي : إذا اقتسم الشركاء دارا أو أرضا وحاز كل واحد منهم سهمه بالقسمة ثم ادعى أحدهم غلطا جرى عليه في القسمة ، فإن لم يذكر قدر الغلط بالذرع إن كانت قسمة إجبار أو تعديل أو بالوزن إن كانت قسمة رد لم تسمع دعواه ؛ لأن الدعوى المجهولة مردودة . فإن ذكر قدر الغلط ، سمعت دعواه ، وأحضر شركاؤه . فإن صدقوه على الغلط ، نقض القسمة واستأنفها على الصحة وإن أكذبوه ، فالقول قولهم : لأنه على ظاهر الصحة . وله أحلافهم ، لجواز ما ادعاه من الغلط . فإن حلفوا جميعا أمضيت القسمة ، وإن نكلوا جميعا ردت اليمين عليه ، ونقضت القسمة إن حلف . ." (١)

"فإن دعا أحدهم إلى ضم الأجناس وأن يجعل كل جنس منها سهما معدلا ، ليأخذ أحدهم الحنطة ، والآخر الشعير ، والآخر الإبل ، والآخر الغنم ، لم يجز أن يقع في هذه القسمة إجبار ، إلا عن مراضاة ، لأنهم شركاء في كل جنس . فكان لكل واحد منهم أن يستوفي حقه من ذلك الجنس ، ولم يجز أن يجبر على إزالة ملكه عنه بغيره ، كالبيع الذي لا يدخله إجبار . فإن تراضوا على ذلك جاز كالمراضاة على البيع . فلو كانت الشركة في جنس واحد كيفية قسمتها وهو أنواع فهو ضربان : أحدهما : أن تختلف منافعها باختلاف أنواعها كالغنم التي بعضها ضأن وبعضها معزى ، فيكون اختلاف أنواعها كاختلاف أجناسها فيقسم كل نوع على انفراده كالأجناس المختلفة . والضرب الثاني : ما لا تختلف منافع أنواعه كالحنطة التي بعضها عراقية وبعضها شامية فهو ضربان : أحدهما : أن تختلف قيمة أنواعه ، فيصير كل نوع كالجنس بقسم على انفراده ، كالأجناس . والضرب الثاني : أن تتماثل قيمة أنواعه ، ولا تتفاضل ففيه وجهان : أحدهما : أنه يغلب حكم الجنس لتماثله ، فيجوز أن يقع الإجبار في إفراد كل واحد بنوع . والوجه الثاني : أنه يغلب حكم النوع لامتيازه ، فيقسم كل نوع على انفراده وهذا أشبه . فصل : وأما غير المنقول فضربان القسمة : عقار وضياع . فأما العقار المسكون القسمة فينقسم ثلاثة أقسام : أحدها : ما لا تدخله قسمة الإجبار إذا تميز وهو أن يكون بين شريكين داران ، فيدعو أحدهما إلى أن يجعل كل دار لأحدهما فلا إجبار في هذه القسمة سواء تماثلت أثمانها أو تفاضلت ، اتصلت وتباعدت ، والإجبار أن تقسم كل دار بينهما . فإن تراضى الشريكان على أن تكون إحدى الدارين لأحدهما والأخرى للآخر . جاز وكانت هذه القسمة مناقلة تقف على الاختيار دون الإجبار وهي كالبيع المحض . والقسم الثاني : ما تدخله قسمة الإجبار مع تمييزه ، وهو أن تكون قرية ذات م ساكن ، بين شريكين " . فيدعو أحدهما إلى

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٦/٢٦٠

أن يقسم جميع القرية ، ويدعو الآخر إلى أن يقسم كل مسكن منها ، فقسمة الإجبار واقعة على جميع القرية ، فيقسم لكل واحد منها ." (١)

" نصفها ، بما اشتمل عليه من مساكنه : لأن القرية حاوية لمساكنها كالدار الجامعة لبيوتها ، ولا يجوز أن يقع الإجبار في قسمة الدار على بيت منها ، كذلك القرية . والقسم الثالث : ما اختلف فيه وهو أن تكون بينهما عضائد متصلة ، أو دكاكين متضايقة ولكل واحد منها طريق القسمة ففي قسمة كل عضادة وكل دكان تضييق ففيه وجهان : أحدهما : أن تكون كالدور المختلفة فلا تقع قسمة الإجبار فيها إلا في كل عضادة وكل دكان ، لانفراد كل واحد بطريقه وسكناه . والوجه الثاني : أنها تكون كالقرية ، تقع قسمة الإجبار في جميعها نصفين ، ولا يفرد كل واحد منهما بالقسمة إلا عن مراضاة واختيار ، وتصير كالدار ذات البيوت . فصل : وأما الضياع المزروعة والمغروسة قسمة فتنقسم ثلاثة أقسام : أحدها : أن يتصل بعضها ببعض ، وتتماثل في الثمن والمنفعة والمؤنة ، فيضم بعضها إلى بعض ، وتقع قسمة الإجبار على جميعها كالضيعة لواحدة ، كضياع القرية التي يتصل بعضها ببعض ولا يتميز شيء منها ، وإن اختلفت أسماؤها . والقسم الثاني : أن يفترق بعضها عن بعض ولا يتصل ، فقسمة الإجبار واقعة على كل ضيعة منها ، ولا يضم بعضها إلى بعض : لأن لكل ضيعة إذا انفردت حكمها . والقسم الثالث : تتصل الضياع وتختلف إما في منفعة ، فيكون بعضها شجرا وبعضها مزدرعا أو يكون بعضها كرما وبعضها نخلا ، أو تختلف في مؤنة فيكون بعضها يشرب سيحا من نهر أو عين وبعضها يشرب بنضح أو غرب أو تختلف في الثمن لنفاسة بعضها على بعض . فقد اختلف الفقهاء في قسمة الإجبار فيها على ثلاثة مذاهب : مذهب الشافعي منها إن قسمة الإجبار واقعة على كل ضيعة منها ، ولا يضم بعضها إلى بعض في القسمة . وقال مالك : إذا اتصلت جمعت في قسمة الإجبار مع اختلافها . وقال أبو يوسف ومحمد : إن تجانست جمعت ، وإن اختلفت لم تجمع . وهذا فاسد من وجهين : أحدهما : أن أثمانه متباينة . والثاني : أن منافعها مختلفة . مسألة : قال الشافعي : " وتقسم الأرضون والثياب والطعام وكل ما احتمل القسم " . ". (٢)

"قال الماوردي : اعلم أن المقصود بالقسمة شيئان : أحدهما : أن يمتنع بها من سواء المشاركة . والثاني : كمال التصرف الذي يمتنع باختلاف الأيدي ، فصار المقصود بها دفع الضرر ، فلم يجز أن

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٦٤/١٦

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٦٥/١٦

يدخلها إجبار بدخول الضرر ، وقد جاء في بعض الأخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قسمة الضرار وليس بثابت عند أهل الحديث . وقد ذكرنا أن الأموال المشتركة القسمة تنقسم ثلاثة أقسام ؛ قسم تدخله قسمة **الإجبار** ، وقسم تدخله قسمة الاختيار ، وقسم ينتفي عنه القسم جبرا أو اختيارا . فمما يدخله القسم الضياع والعقار ، فما لم يكن فيه تعديل ولا رد دخله قسمة **الإجبار** ، ولا يمنع ما فيه من البناء والشجر من قسمة جبرا إذا تماثل وتقارب ، فإن تحقيق المماثلة فيه متعذر فلم يمتنع أن يكون تبعا لما يتحقق تماثله من الأرض . وأما ما فيه رد ، فلا تدخله قسمة **الإجبار** ، ويكون موقوفا على قسمة الاختيار . وأما ما فيه تـعديل ، ففي دخول قسمة **الإجبار** فيه قولان مضيا . فأما قسمة ما كان منه وقفا محرما ، فإن لم يختلط بملك لم تجز قسمته : لأن حقوق أهله مقصورة على منافعه وإن اختلط بملك ، فإن قيل : إن القسمة إفراز حق ، جاز قسمه جبرا . وإن قيل : إن القسمة بيع ففي جواز قسمه قولان : أحدهما : لا تجوز جبرا ، ولا اختيارا ، تغليبا للوقف . والثاني : تجوز جبرا واختيارا ، تغليبا للملك . وأما القسم البناء والشجر دون أرضه فلا يجوز إجبارا ويجوز اختيارا . قسم الحيوان . فصل : وأما قسم الحيوان القسمه كالعبيد ، والمواشي ، فإن كان رأسا واحدا ، لم تدخله القسمة إجبارا ولا اختيارا . وإن كان عددا ، فإن تفاضلوا لم يقسموا إجبارا ، وقسموا اختيارا . وإن تماثلوا ففي قسمها إجبارا وجهان : أحدهما : وهو الظاهر من مذهب الشافعي ، وبه قال أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزي ، يقسم إجبارا لتماثلها . ." (١)

"والوجه الثاني : وهو قول أبي علي بن خيران أنها لا تقسم إجبارا وتقسم اختيارا لأنها مضمونة بالقيمة دون المثل . وأصل ذلك ، حديث عمران بن الحصين : أن رجلا أعتق ستة مملوكين ، لا مال له غيرهم ، فجزأهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة ، فجعله أبو العباس بن سريج دليلا على قسمة **الإجبار** ، وحمله ابن خيران على جوازه في العتق لاختصاصه بالحرية . وقد أجاز الشافعي قسمة الكلاب مع الغنم كما أجاز الوصية بها . فمن أصحابنا من أجاز قسمها إجبارا وجها واحدا للنص عليه وأنها لخروجها عن القيمة تجري مجرى ذوات الأمثال . ومنهم من خرج إجازة قسمها على الوجهين وجعل هذا النص دليلا على أنه أصحهما . وعلى قياس الحيوان يكون قسم الآلات من الخشب ، كالأواني ، والأبواب ، والأساطين القسمه ، وإن اختلفت وتفاضلت قسمت اختيارا ولم تقسم إجبارا ، وإن تماثلت ففي قسمها إجبارا وجـهان كما ذكرنا في الحيوان . وعلى هذا يكون قسم الثياب إن اختلفت وتفاضلت قسمت اختيارا ولم تقسم إجبارا ، وإن تماثلت ففي قسمها إجبارا وجهان . فأما قسم الثوب الواحد فإن

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٦٦/١٦

اختلف لاختلاف نقوشه وألوانه قسم اختيارا ولم يقسم إجبارا . وإن تماثل ولم يختلف ، نظر ، فإن نقصت قيمته بقسمه لم يقسم إجبارا ، وقسم اختيارا وإن لم تنقص قيمته ، ففي قسمه إجبارا وجهان . فإن قيل : فهل تكون قسمة الإجبار في الحمامين المتماثلين بين الشريكين على قياس ما ذكرتموه في قسمة الحيوان والثياب ؟ قيل : قد كان بعض أصحابنا يخرج إجبار قسمها بين الشريكين على وجهين ، كالحيوان ، والثياب ، ويفرق بين قسم الدارين ، حيث لم يقع في إفرادها إجبار ، ووقع في قسم الحمامين إجبار ، إن كل واحدة من الدارين يمكن أن تقسم إجبارا ، فلم يقع في إفرادهما إجبار ، والحمام الواحد لا يقع في قسمه إجبار ، فجاز أن يقع في إفرادهما بالقسمة إذا اجتمعا إجبار . وقال أبو العباس بن سريج : لا يقع في قسم الحمامين إجبار ، كما لم يقع في ." (١)

" قسم الواحد إجبار وفرق بين الحمامين والحيوان ، إن بناء الحمام منع من قسم أرضه ، والحيوان أهل في نفسه . قسم الطعام وغيره فصل : وأما قسم الطعام : فكل مطعوم طعام ، وفي المطعوم ربا ، وهو على ضربين : أحدهما : أن يكون مما يجوز بيع بعضه ببعض ، كالحنطة والشعير فيجوز قسمه إجبارا واختيارا . فإن قيل : إن القسمة إفراز حق جاز قسمه كيلا أو وزنا ، وجاز أن يفترقا فيه قبل التقابض . وإن قيل : إن القسمة بيع ، وجب قسمه كيلا ، ولم يجز قسمه وزنا : لأن أصله الكيل ، ووجب إن تقابضا قبل الافتراق . وتدخل القرعة في قسمه إجبارا ، ولا تدخل في قسمه اختيارا . وإن كان مما لا يجوز بيع بعضه ببعض ، كرطب ، والعنب ، والفواكه الرطبة ، فإن قيل : إن القسمة إفراز حق ؛ جاز قسمه إجبارا واختيارا بكيل أو وزن . وفي جواز قسمه بالخرص في نخله وشجره ، قولان : أحدهما : جوازه . والثاني : بطلانه . وأصح من إطلاق هذين القولين أن يمنع منه بالخرص في قسمة الإجبار ، لأن المقصود بها التحقيق المعدوم في الخرص ، ويجاز بالخرص في قسمة الاختيار لأنها محمولة على التراضي ، هذا إذا قيل إن القسمة إفراز حق . فأما إن قيل إن القسمة بيع ، لم تجز قسمة الثمار الرطبة كما لم يجز بيعها ، فلا يدخلها قسم الإجبار ولا قسم الاختيار . وأما قسم الدراهم والدنانير ، فيجوز إجبارا واختيارا . وهل يعتبر في قسمها تقابضهما قبل الافتراق قسمة الدراهم والدنانير على قولين : أحدهما : لا يعتبر إن قيل : إن القسمة إفراز حق . والثاني : يعتبر إذا قيل إنها بيع . ." (٢)

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٦٧/١٦

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٦٨/١٦

" بعلمه ، فإن منع من الحكم بالإقرار إلا بالشهادة ، لم يحكم عليه بالحد ، وإن أجيز له الحكم بالإقرار من غير شهادة ، حكم عليه بالحد . وعلى هذا إذا شهد عنده شاهدان بما يعلم خلافه القاضي لم يجز أن يحكم بعلمه . واختلف أصحابنا في جواز حكمه بالشهادة على وجهين : أحدهما : يحكم بها ؛ لأن الشهادة هي المعتبرة في حكمه دون علمه . والوجه الثاني : وهو أصح لا يجوز أن يحكم بالشهادة ؛ لأنه متحقق لكذبها . فأما إذا ذكر القاضي أن بينة قامت عنده فهو مصدق على ما ذكر منها ، ويجوز له أن يحكم بها على القولين ؛ لأنه حاكم بالبينة دون العلم . فصل : تحكيم الخصمين شخصا من الرعية دون القاضي وإذا حكم خصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جاز . لأن عمر بن الخطاب وأبي بن كعب تحاكما إلى زيد بن ثابت . ولأنه لما حكم علي بن أبي طالب في الإمامة ، كان التحكيم فيما عداها أولى . وهكذا حكم أهل الشورى فيها عبد الرحمن بن عوف . نفوذ حكم المحكم معتبر بأربعة شروط . وإذا جاز التحكيم في الأحكام فنفاذ حكمه معتبر بأربعة شروط : أحدها : أن يكون المحكم من أهل الاجتهاد ، ويجوز أن يكون قاضيا ؛ لأنه قد صار بالتحكيم حاكما ، فإن لم يكن من أهل الاجتهاد بطل تحكيمه ، ولم ينفذ حكمه . والشرط الثاني : أن يتفق الخصمان على التراضي به إلى حين الحكم ، فإن رضي به أحدهما دون الآخر أو رضيا به ثم رجعا أو رضي أحدهما بطل تحكيمه ولم ينفذ حكمه ، سواء حكم للراضي أو للراجع . والشرط الثالث : أن يكون التحاكم في أحكام مخصوصة . والأحكام تنقسم في التحكيم ثلاثة أقسام : قسم يجوز فيه التحكيم : وهو حقوق الأموال ، وعقود المعاوضات ، وما يصح فيه العفو والإبراء . وقسم لا يجوز فيه التحكيم ، وهو ما اختص القضاة **بالإجبار** عليه من حقوق الله تعالى والولايات على الأيتام وإيقاع الحجر على مستحقيه . ." (١)

"وحكي أن أحمد لزمته شهادة ، فدعي إلى أدائها عند بعض الحكام ، فامتنع . وقال : إن القاضي ليس برضى ، فقال الداعي : يتلف علي مالي . فقال أحمد : ما أتلفت عليك مالك ، الذي ولى هذا القاضي أتلف عليك مالك . وليس لهذا القول وجه : لأن المقصود بالشهادة وصول ذي الحق إلى حقه ، فلم يفترق في وصوله إليه حقه بين صحة التقليد وفساده . فإن دعي الشاهد إلى أداء شهادة عند أمير أو ذي يد ، فإن كان ممن يجوز له إلزام الحقوق **والإجبار** عليها ، لزم أداء الشهادة عنده ، وإن كان ممن لا يجوز له ذلك ، ولا يصح منه ، لم يلزمه أداؤها عنده والله أعلم . القول في شهادة الوارث بدين على المورث [القول في شهادة الوارث بدين على المورث] . مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولو

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٢٥/١٦

ترك الميت ابنين ، فشهد أحدهما على أبيه بدين ، فإن كان عدلا ، حلف المدعي وأخذ الدين من الاثنين ، وإن لم يكن عدلا ، أخذ من يدي الشاهد بقدر ما كان يأخذه منه لو جازت شهادته ، لأن موجودا في شهادته أن له في يديه حقا ، وفي يدي الجاحد حقا ، فأعطيته من المقر ولم أعطه من المنكر " . قال الماوردي : وصورتها في رجل ادعى دينا على ميت ، وورثه ابنان له ، فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ، فالمصدق مقر والمكذب منكر وللمقر حالتان : إحداهما : أن يكون عدلا ، فيجوز أن يشهد للمدعي بدينه في حق أخيه المنكر مع شاهد آخر ، أو مع يمين المدعي ، ولا يكون الإقرار شهادة حتى يستأنفها بلفظ الشهادة ، لأن لفظ الإقرار لا يكون شهادة ، وشهادته تكون على أبيه دون أخيه ، لوجوب الدين على الأب . ومنع الحسن بن زياد اللؤلؤي من قبول شهادته لما يتوجه إليه من التهمة في استدراك إقراره . ومذهب الشافعي وأبي حنيفة ، وجمهور الفقهاء أن شهادته مقبولة ، لأنها موافقة لإقراره فانتفت التهمة عنه ، فلم تمنع من الشهادة على أبيه وإن منع من الشهادة له ، فإذا صحت الشهادة استحق صاحب الدين جميع دينه من أصل التركة نصفه يستحقه بالإقرار في حق المصدق ، ونصفه يستحقه بالشهادة في حق المنكر . والحال الثانية : أن يكون المقر غير عدل ، أو يكون عدلا لم تكمل به الشهادة ." (١)

"والثاني : استعماله . فأما اختلاف الرواية فمن أوجه : أحدها : أن الاستسعاء تفرد به سعيد بن أبي عروبة عن قتادة فيما رواه العراقيون عنه ، وقد رواه أبو داود عن ابن أبي عيسى عن سعيد ولم يذكر السعاية . والثاني : أن سعيد بن أبي عروبة تفرد برواية السعاية من بين أصحاب قتادة ، وقد رواه من أصحاب قتادة من هو أضبط من سعيد وهو مسعر الحافظ وهشام الدستوائي ، ولم يذكرا فيه السعاية . والثالث : أنه قد رواه هشام ، عن قتادة ، عن النبي ، صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : من أعتق شركا له من عبد فعليه خلاصه في ماله وأن قتادة قال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه ، فذكر قتادة ذلك عن نفسه ، فوهم فيه سعيد بن أبي عروبة فضمه إلى روايته . قال أبو بكر النيسابوري : رواية همام أصح ؛ لأنه فصل مذهب قتادة عن روايته ، وسعيد أزوجها في الرواية . وأما استعمال الخبر في السعاية فمن وجهين : أحدهما : أنه يحمل على المراضاة ، دون الإجبار إذا طلبها العبد وأجاب إليه السيد ؛ لأنه قال : غير مشقوق عليه . والإجبار شاق ، ولأن الاستسعاء استفعال ، وهو في اللغة موضوع للطلب . كقولهم استسلف ، واستصعب ، واستقرض . والثاني : أنه يحمل على استسعائه في خدمة الشريك واكتسابه له بحق ملكه لا لإطلاق الاستسعاء في احتمال الأمرين . وأما الجواب عن استدلالهم بأن تنافي أحكام الحرية

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢١٥/١٧

والرق يمنع من الجمع بينهما فهو أنا نغلب أحدهما ولا نجمع بينهما فزال التنافي . وأما الجواب عن امتناع الجمع بينهما في ملك الواحد ، فهو أن اختياره للمعتق أوجب سرايته إلى ملكه ، ولم يوجب سرايته إلى ملك شريكه إذا استقر . وأما الجواب عن جعلهم العبد كالغاصب فهو أنه لم يكن من العبد فعل ، ولا له على رقه يد ، فلم يجز أن يجعل كالغاصب المتعدي بيده واستهلاكه . مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : ويحتمل قوله في عتق الموسر : " وأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عتق الموسر " معنيين : أحدهما أنه يعتق بالقول وبدفع القيمة . والآخر أن يعتق الموسر ، ولو أعسر كان العبد حرا ، واتبع بما ضمن ، وهذا قول يصح فيه القياس . (قال ." [١]

"ويدل على جوازها من السنة حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم . وروى سهل بن حنيف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعان غارما ، أو غازيا ، أو مكاتبا في كتابته أظله الله في ظله ولا ظل إلا ظله . وروى الشافعي عن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة رضي الله عنها أنها كاتبته وقالت له : كم بقي عليك قال : قلت : ألف درهم قالت : فعندك ما تؤدي . قلت : نعم . قالت : ادفعها إلى فلان ، ابن أختها ، ثم ألقت الحجاب ، وقالت : السلام عليك – هذا آخر ما تراني – سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه . ويدل عليه من فعل الصحابة ما روي أن بريرة كوتبت على تسع أواق تؤدي في كل عام أوقية . وكاتب عبد الله بن عمر عبدا له على خمسة وثلاثين ألف درهم . وكاتب أنس بن مالك مولاه سيرين أبا محمد على مال ترك عليه منه خمسة آلاف درهم . قيل في أول نجومه . وقيل : في آخرها . وانعقد الإجماع على جوازها ، وإنما اختلفوا في وجوبها إذا طلبها العبد من سيده ، الكتابة فذهب عطاء بن أبي رباح ، وعمرو بن دينار ، وداود بن علي إلى وجوبها ، وأن يؤخذ بها السيد إذا طلبها العبد ، بقدر قيمته فما زاد استدلالا بقول الله تعالى : فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا ، (النور :) ، وهذا أمر يقتضي الوجوب . ثم قال : وآتوهم من مال الله الذي آتاكم (النور :) ، . والإيتاء واجب فكذلك الكتابة ؛ لأن صيغة الأمر فيهما واحدة . ولأن سيرين سأل أنس بن مالك أن يكاتبه فأبى عليه فعلاه عمر بالدرة وقال : أما سمعت الله تعالى يقول : فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا ، (النور :) ، فكاتبه ، ولأن العقود التي تفضي إلى صلاح النفوس قد يجوز أن يقع **الإجبار** فيها كالمضطر إلى طعام يجبر مالكه على بيعه لما فيه من صلاح النفس ، كذلك الكتابة المفضية

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٨/٧

إلى العتق يجوز أن يقع الإجبار عليها لما فيها من صلاح النفس . وذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك ." (١)

"أحدها : أنه سهو منه في النقل ، وأنه لم يقف عنه في شيء من كتبه . والثاني : أنه توقف حكاية عن غيره ممن يقف في عتقهن ، ومنع جواز بيعهن . والثالث : أنه توقف استيضاحا بحكم الاجتهاد ، وإفسادا لدعوى الإجماع ردا على مالك في ادعائه الإجماع في تحريم بيع أمهات الأولاد بناء على أصله في أن الإجماع إجماع أهل المدينة ، وأن من خالفهم من غيرهم محجوج لا ينتقض به إجماعهم ، لأن عليا عليه السلام استجد خلافه في جواز بيعهن بالكوفة بعد أن وافق أبا بكر وعمر بالمدينة ، فلم يعتد مالك بخلافه بعد خروجه عنها ، والشافعي يخالفه فيما يعتقده من الإجماع في تحريم بيعهن ، وفيما يراه من إجماع أهل المدينة فيهن ، يعني الرد عليه في الأمرين من غير توقف في حكم العتق ، وتحريم البيع ، والله أعلم . مسألة : قال المزني ، رضي الله عنه : " وقال في كتاب النكاح القديم ليس له أن يزوجها بغير إذنها وقال في ہ ذا الكتاب إنها كالمملوكة في جميع أحكامها إلا أنها لا تباع ، وفي كتاب الرجعة له أن يختدمها وهي كارهة (قال المزني) قلت أنا : وهذا أصح قوليه لأن رقها لم يزل فكذلك ما كان له من وطئها وخدمتها وإنكاحها بغير إذنها لم يزل . وبالله التوفيق " . قال الماوردي : أما استخدام السيد لها واستمتاعه بها أم الولد ، فمما لم يختلف مذهب الشافعي في جوازه كما لم يختلف مذهبه في عتقها لموته وتحريم بيعها في حياته ، وأما تزويجه بها ، فلا يصح لأنه مستبيح لها بالملك ، فلم يثبت له عليها نكاح كالأمة ، ولكن لو أعتقها جاز له أن يتزوجها لأنها قد حرمت عليه بالعتق ، فجاز أن يستبيحها بالنكاح . فأما إذا أراد أن يزوجها بزوج أم الولد ، ففيه ثلاثة أقاويل : أحدها : قاله في الجديد ، واختاره المزني : يجوز أن يزوجها جبرا ، وإن لم تأذن ، لأنه يملك الاستمتاع بها كما يملك استخدامها ، فجاز أن يعقد على استمتاعها بالنكاح ، كما يجوز أن يعقد على استخدامها بالإجارة ، ولأن المهر من كسبها ، فلم يكن لها تفويته على سيدها كسائر أكسابها . والقول الثاني : قاله في القديم : يجوز أن يزوجها بإذنها ، وليس له إجبارها ، لأن منعه من بيعها قد أوهن تصرفه فيها ، فمنع من الإجبار لضعف تصرفه فيها . والقول الثالث : لا يجوز أن يزوجها وإن أذنت ، لنقصان كل واحد منهما عن حال الكمال ، فعلى هذا هل يزوجها

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٨/١٤١

الحاكم أم لا ؟ على وجهين : أحدهما : وهو قول أبي سعيد الإصطخري : يجوز له تزويجها إذا رضيت ورضي ." (١)

"هو الأول لانه لا حق له عليه قبل محل الدين وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفسه قبل المحل كما يجوز في الحضر أن يهرب ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب

وإن قال أقم لي كفيلا بالمال لم يلزمه لانه لم يحل عليه الدين فلم يملك المطالبة بالكفيل كما لو لم يرد السفر

وإن كان الدين حالا نظرت فإن كان معسرا لم يجز مطالبته لقوله تعالى ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ ولا يملك ملازمته لان كل دين لا يملك المطالبة به لم يملك الملازمة عليه كالدين المؤجل

فإن كان يحسن صنعة فطلب الغريم أن يؤجر نفسه ليكسب ما يعطيه لم يجبر على ذلك لانه إجبار على التكسب فلم يجز **كالإجبار** على التجارة

وإن كان موسرا جازت مطالبته لقوله تعالى ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ فدل على أنه إذا لم يكن ذا عسرة لم يجب إنظاره فإن لم يقضه ألزمه الحاكم فإن امتنع فإن كان له مال ظاهر باعه عليه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه أن يقال سبق الحاج فأدان معرضا فأصبح وقد رين به فمن له دين فليحضر فإنا بايعو ماله وقاسموه بين غرمائه

وإن كان له مال كتمه حبسه وعزره حتى يظهره فإن ادعى الإعسار نظرت فإن لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله مع يمينه لان الأصل عدم المال

فإن عرف له مال لم يقبل قوله لانه معسر إلا ببينة لان الأصل بقاء المال

فإن قال غريمي يعلم أني معسر أو أن مالي هلك فحلفوه حلف لان ما يدعيه محتمل

فإن أراد أن يقيم البينة على هلاك المال قبل فيه شهادة عدلين فإن أراد أن يقيم البينة على الإعسار لم يقبل إلا بشهادة عدلين من أهل الخبرة والمعرفة بحاله لان الهلاك يدركه كل أحد والإعسار لا يعلمه إلا من يخبر باطنه

فإن أقام البينة على الإعسار وادعى الغريم أن له مالا باطنا فطلب اليمين عليه ففيه قولان أحدهما لا يحلف لانه أقام البينة على ما ادعاه فلا يحلف كما لو ادعى ملكا وأقام عليه البينة

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٢٠/١٨

والثاني يحلف لان المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب كما لو أقام عليه البينة بالدين وادعى أنه أبرأه منه

وإن وجد في يده مال فادعى أنه لغيره نظرت فإن كذبه المقر له بيع في الدين لان الظاهر أنه له وإن صدقه سلم إليه

فإن قال الغريم أحلفوه لى أنه صادق في إقراره ففيه وجهان أحدهما يحلف لانه يحتمل أن يكون كاذبا في إقراره

والثاني لا يحلف وهو الصحيح لان اليمين تعرض ليخاف فيرجع عن الإقرار ولو رجع عن الإقرار لم يقبل رجوعه فلا معنى لعرض اليمين

فصل الحجر بالدين وإن ركبته الديون ورفعه الغرماء إلى الحاكم وسألوه أن يحجر عليه نظر الحاكم في ماله فإن كان له مال يفي بالديون لم يحجر عليه لانه لا حاجة به إلى الحجر بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه

فإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه وباع ماله عليه لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئا فلم يزل يدان حتى أغرق ماله

." (١)

"الآخران ملكاه بسبب سابق لملك المشتريين

والثاني أنها بين الجميع لان الجميع شركاء في الملك في حال وجوب الشفعة

وإن مات رجل عن دار وخلف ابنتين وأختين ثم باعت إحدى الأختين نصيبها ففيه طريقان من أصحابنا من قال هي على القولين أحدهما أن الشفعة للأخت لانها ملكت مع الأخت بسبب واحد وملك البنات بسبب آخر

والثاني أن الشفعة بين البنات والأخت لان الجميع شركاء في الملك

ومنهم من قال إن الشفعة بين البنات والأخت قولا واحدا لان الجميع (ملكن) الشقص في وقت واحد لم يسبق بعضهن بعضا

---

(١) المهذب، ٣٢٠/١

فصل وإن تصرف المشتري في الشقص ثم حضر الشفيع نظرت فإن تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والإجارة فللشفيع أن يفسخ ويأخذ لان حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ فملك الفسخ

وإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين أن يفسخ ويأخذ بالعقد الأول وبين أن يأخذ بالعقد الثاني لانه شفيع بالعقدين فجاز أن يأخذ بما شاء منهما

وإن قابل البائع أو رده عليه بعيب فللشفيع أن يفسخ الإقالة والرد بالعيب ويأخذه لان حقه سابق ولا يمكن الأخذ مع الإقالة والرد بالعيب فملك الفسخ

وإن تحالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع أن يأخذ بالثمن الذى حلف عليه البائع لان البائع أقر للمشتري بالملك وللشفيع بالشفعة بالثمن الذي حلف عليه فإذا بطل حق المشتري بالتحالف بقي حق الشفيع

وإن اشترى شقصا بعبد ووجد البائع بالعبد عيبا ورده قبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان أحدهما يقدم الشفيع لان حقه سابق لانه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالرد

والثاني أن البائع أولى لان في تقديم الشفيع إضرارا بالبائع في إسقاط حقه من الرد والضرر لا يزال بالضرر

وإن أصدق امرأته شقصا وطلقها قبل الدخول وقبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان أحدهما يقدم الزوج على الشفيع لان حق الزوج أقوى لانه ثبت بنص الكتاب وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد فقدم حق الزوج

والثاني يقدم الشفيع لان حقه سابق لانه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق

فصل وإن اشترى شقصا وكان الشفيع غائبا فقاسم وكيله في القسمة أو رفع الأمر إلى الحاكم فقاسمه وغرس وبنى ثم حضر الشفيع (وأنكر الوكالة) أو أظهر له ثمنا كثيرا فقاسمه ثم غرس وبنى ثم بان خلافه وأراد الأخذ فإن اختار المشتري قلع الغراس والبناء لم يمنع لانه ملكه فملك نقله ولا تلزمه تسوية الأرض لانه غير متعد

وإن لم يختر القلع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن والغراس والبناء بالقيمة وبين أن يقلع الغراس والبناء ويضمن ما بين قيمته قائما ومقلوعا لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا إضرار ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك

فصل وإن اشترى شقصا وحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع نظرت فإن كانت زيادته لا تتميز كالفسيل إذا طال وامتلأ فإن الشفيع يأخذه مع زيادته لان ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك كما يتبعه في الرد بالعيب وإن كانت متميزة كالثمرة فإن كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق لان الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل كما قلنا في الرد بالعيب

وإن كانت غير ظاهرة ففيها قولان قال في القديم تتبع الأصل كما تتبع في البيع

وقال في الجديد لا تتبعه لانه استحقاق بغير تراض فلا يؤخذ به إلا ما دخل بالعقد ويخالف البيع لانه استحقاق عن تراض يقدر فيه على الاستثناء فإذا لم يستثن تبع الأصل

فصل إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم لان الشفعة ثابتة بالنص والإجماع فلم تفتقر إلى الحاكم كالرد بالعيب

فإن كان الشقص في يد المشتري أخذه منه وإن كان في يد البائع ففيه وجهان أحدهما يجوز أن يأخذ منه لانه استحق فملك الأخذ كما لو كان في يد المشتري

والثاني لا يجوز أن يأخذ منه بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذه منه لان الأخذ من البائع يؤدي إلى إسقاط الشفعة لانه يفوت به التسليم وفوات التسليم يوجب بطلان العقد فإذا بطل العقد سقطت الشفعة وما أدى إثباته إلى إسقاطه سقط

فصل ويملك الشفيع الشقص بالأخذ لانه تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالأخذ كتملك المباحات

ولا يثبت فيه خيار الشرط لان الشرط إنما يثبت مع تملك الاختيار والشقص يؤخذ **بالإجبار** فلم يصح فيه شرط الخيار

---

(١) ".

"دعت المنكوحة إلى كفء فعضلها الولي زوجها السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ولانه حق توجه عليه تدخله النيابة فإذا امتنع قام السلطان مقامه كما لو كان

---

(١) المهذب، ٣٨٢/١

عليه دين فامتنع من أدائه وإن غاب الولي إلى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان ولم يكن لمن بعده من الأولياء أن يزوج لان ولاية الغائب باقية

ولهذا لو زوجها في مكانه صح العقد وإنما تعذر من جهته فقام السلطان مقامه كما لو حضر وامتنع من تزويجها فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان أحدهما لا يجوز تزويجها إلا بإذنه لانه كالحاضر

والثاني يجوز للسلطان أن يزوجها لانه تعذر استئذانه فأشبه إذا كان في سفر بعيد ويستحب للحاكم إذا غاب الولي وصار التزويج إليه أن يأذن لمن تنتقل الولاية إليه ليزوجها ليخرج من الخلاف فإن عند أبي حنيفة أن الذي يملك التزويج هو الذي تنتقل الولاية إليه

فصل إجبار البكر على التزويج ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضعاها صغيرة كانت أو كبيرة لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها في نفسها فدل على أن الولي أحق بالبكر وإن كانت بالغة فالمستحب أن يستأذنها للخبر وإذنها صماتها لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها ولانها تستحي أن تأذن لابيها بالنطق فجعل صماتها إذنا ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن لما روى نافع أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه تزوج بنت خاله عثمان بن مظعون فذهبت أمها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت إن ابنتي تكره ذلك فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفارقها وقال لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن فإن سكتن فهو إذنهن فتزوجت بعد عبد الله المغيرة بن شعبة ولانه ناقص الشفقة ولهذا لا يملك التصرف في مالها بنفسه ولا يبيع مالها من نفسه فلا يملك التصرف في بضعها بنفسه فإن زوجها بعد البلوغ ففي إذنها وجهان أحدهما أن إذنها بالنطق لانه لما افتقر تزويجها إلى إذنها افتقر إلى نطقها بخلاف الأب (والجد)

والثاني وهو المنصوص في الإملاء وهو الصحيح أن إذنها بالسكوت لحديث نافع

وأما الثيب فإنها إن ذهبت بكارتها بالوطء فإن كانت بالغة عاقلة لم يجز لاحد تزويجها إلا بإذنها لما روت خنساء بنت خذام الأنصارية أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فذكرت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها

وإذنها بالنطق لحديث بن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها فدل على أن إذن الثيب بالنطق وإن كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ

وتأذن لان إذنها معتبر في حال الكبر فلا يجوز الافتيات عليها في حال الصغر وإن كانت مجنونة جاز للأب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة لانه لا يرجى لها حال تستأذن فيها ولا يجوز لسائر العصبات تزويجها لان تزويجها إجبار وليس لسائر العصبات غير لأب والجد ولاية **الإجبار**

فأما الحاكم فإنها إن كانت صغيرة لم يملك تزويجها لانه لا حاجة بها إلى النكاح وإن كانت كبيرة جاز له تزويجها إن رأى ذلك لانه قد يكون في تزويجها شفاء لها

وإن ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان أحدهما أنها كالموطوءة لعموم الخبر

والثاني وهو المذهب أنها تزوج تزويج الأبكار لان الثيب إنما اعتبر إذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغير الوطء

فصل إجبار الأمة ثيبا كانت أو بكرا وإن كانت المنكوحة أمة فللمولى أن يزوجها بكرا كانت أو ثيبا صغيرة كانت أو كبيرة عاقلة كانت أو مجنونة لانه عقد يملكه عليها بحكم الملك فكان إلى المولى كالإجارة وإن دعت الأمة المولى إلى النكاح فإن كان يملك وطأها لم يلزمه تزويجها

". (١)

"وروى مجاهد عن عمر رضى الله عنه أن دية شبه العمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة

ويخالف الخطأ فإنه لم يقصد القتل ولا الجناية فخفف من كل وجه وفى شبه العمد لم يقصد القتل فجعل كالخطإ فى التأجيل والحمل على العاقلة وقصد الجناية فجعل كالعمد فى التغليظ بالأسنان

وهل يعتبر فى الخلفات السن مع الحمل فيه قولان أحدهما لا يعتبر لقوله صلى الله عليه وسلم منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها ولم يفرق

والثانى يعتبر أن تكون ثنيات فما فوقها لانه أحد أقسام أعداد إبل الدية فاختص بسن كالثلاثين

وإن كانت فى قتل الخطإ والقتل فى غير الحرم وفى غير الأشهر الحرم والمقتول غير ذى رحم محرم للقاتل وجبت دية مخففة أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة لما روى أبو عبيدة عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال فى الخطإ عشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض

---

(١) المهذب، ٣٧/٢

وعن سليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون دية الخطإ مائة من الإبل عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة

وإن كان القتل فى الحرم أو فى الأشهر الحرم وهى ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب أو كان المقتول ذا رحم محرم للقاتل وجبت دية مغلظة لما روى مجاهد أن عمر رضى الله عنه قضى فيمن قتل فى الحرم أو فى الأشهر الحرم أو محرما بالدية وثلث الدية

وروى أبو النجيح عن عثمان رضى الله عنه أنه قضى فى امرأة قتلت فى الحرم فجعل الدية ثمانية آلاف ستة آلاف الدية وألفين للحرم

وروى نافع بن جبير أن رجلا قتل فى البلد الحرام فى شهر حرام

فقال ابن عباس ديته اثنا عشر ألفا وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف فكملها عشرين ألفا

فإن كان القتل فى المدينة ففيه وجهان أحدهما أنه يغلظ لانها كالحرم فى تحريم الصيد فكذلك فى تغليظ الدية

والثانى لا تغلظ لانها لا مزية لها على غيرها فى تحريم القتل بخلاف الحرم

واختلف قوله فى عمد الصبى والمجنون فقال فى أحد القولين عمدهما خطأ لانه لو كان عمدا لاوجب القصاص فعلى هذا يجب بعمدهما دية مخففة

والثانى أن عمدهما عمد لانه يجوز تأديبهما على القتل فكان عمدهما عمدا كالبالغ العاقل فعلى هذا يجب بعمدهما دية مغلظة وما يجب فيه الدية من الأطراف فهو كالنفس فى الدية المغلظة والدية المخففة لانه كالنفس فى وجوب القصاص والدية فكان كالنفس فى الدية المغلظة والدية المخففة

فصل وتجب الدية من الصنف الذى يملكه من تجب عليه الدية من القاتل أو العاقلة كما تجب الزكاة من الصنف الذى يملكه من تجب عليه الزكاة

وإن كان عند بعض العاقلة من البخاتى وعند البعض من العراب أخذ من كل واحد منهم من الصنف الذى عنده

وإن اجتمع فى ملك كل واحد منهم صنفان ففيه وجهان أحدهما أنه يؤخذ من الصنف الأكثر فإن استويا دفع مما شاء منهما

والثانى يؤخذ من كل صنف بقسطه بناء على القولين فيمن وجبت عليه الزكاة وماله أصناف

وإن لم يكن عند من تجب عليه الدية إبل وجب من غالب إبل البلد

فإن لم يكن فى البلدان وجب من غالب أقرب البلاد إليه كما قلنا فى زكاة الفطر

وإن كانت إبل من تجب عليه الدية مراضا أو عجافا كلف أن يشترى إبلا صحاحا من الصنف الذى عنده لانه بدل متلف من غير جنسه فلا يؤخذ فيها معيب كقيمة الثوب المتلف

وإن أراد الجانى دفع العوض عن الإبل مع وجودها لم يجبر الولى على قبوله

وإن أراد الولى أخذ العوض عن الإبل مع وجودها لم يجبر الجانى على دفعه لان ما ضمن لحق الآدمى ببدل لم يجز **الإجبار** فيه على دفع العوض ولا على أخذه مع وجوده كذوات الأمثال

وإن تراضيا على العوض جاز لانه بدل متلف فجاز أخذ العوض فيه بالتراضى كالبدل فى سائر المتلفات

فصل وإن أعوزت الإبل أو وجدت بأكثر من ثمن المثل ففيه قولان قال فى القديم يجب ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم

لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن فى النفس مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم

وروى ابن عباس رضى الله عنه أن رجلا قتل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ديته اثنى عشر ألفا فعلى هذا إن كان فى قتل يوجب التغليظ غلظ بثلث الدية لما رويناه عن عمر وعثمان وابن عباس فى تغليظ الدية للحرم

وقال فى الجديد تجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

". (١)

"كثلاثة بينهم أرض أثلاثا فله أن يكتب الأسماء ويخرج على السهام وله أن يكتب السهام ويخرج على الأسماء

---

(١) المهذب، ٢/١٩٦

فإن كتب الأسماء كتبها فى ثلاث رقاع فى كل رقعة اسم واحد من الشركاء ثم يأمر من لم يحضر كتب الرقاع والبندقة أن يخرج رقعة على السهم الأول فمن خرج اسمه أخذه ثم يخرج على السهم الثانى فمن خرج اسمه أخذه وتعين السهم الثالث للشريك الثالث

فإن كتب السهام كتب فى ثلاث رقاع فى رقعة السهم الأول وفى رقعة السهم الثانى وفى رقعة السهم الثالث ثم يأمر بإخراج رقعة على اسم أحد الشركاء فأى سهم خرج أخذه ثم يأمر بإخراج رقعة على اسم آخر فأى سهم خرج أخذه الثانى ثم يتعين السهم الباقى للشريك الثالث

وإن اختلفت سهامهم فإن كان لواحد السدس وللآخر الثلث وللثالث النصف قسمها على أقل السهام وهو السدس فيجعلها أسداسا ويكتب الأسماء ويخرج على السهام فيأمر أن يخرج على السهم الأول فإن خرج اسم صاحب السدس أخذه ثم يخرج (على) السهم الثانى فإن خرج اسم صاحب الثلث أخذ (الثانى) والذى يليه لان له سهمين وتعين الباقى لصاحب النصف

وإن خرجت الأولى (على) اسم صاحب النصف أخذ السهم الأول واللذين يليانه وهو الثانى والثالث ثم يخرج على السهم الرابع فإن خرج اسم صاحب الثلث أخذه والسهم الذى يليه وهو الخامس وتعين السهم السادس لصاحب السدس وإنما قلنا إنه يأخذ مع الذى يليه لينتفع بما يأخذه ولا يستضر به ولا يخرج فى هذا القسم السهام على الأسماء لانا لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف فيقول آخذه وسهمين قبله ويقول الآخران بل نأخذه وسهمين بعده فيؤدى إلى الخلاف والخصومة

فصل فى وإذا ترافع الشريكان إلى الحاكم وسألاه أن ينصب من يقسم بينهما فقسم قسمة إجبار لم يعتبر تراضى الشركاء لانه لما لم يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة لم يعتبر بعد خروج القرعة

فإن نصب الشريكان قاسما فقسم بينهما فالمنصوص أنه يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة وبعد خروج القرعة

وقال فى رجلين حكما رجلا ليحكم بينهما ففيه قولان أحدهما أنه يلزم الحكم ولا يعتبر رضاهما

والثانى أنه لا يلزم الحكم إلا برضاهما والقاسم ههنا بمنزلة هذا الحاكم لانه نصبه الشريكان فيكون على قولين أحدهما وهو المنصوص أنه يعتبر الرضى بعد خروج القرعة لانه لما اعتبر الرضى فى الابتداء اعتبر بعد خروج القرعة

والثانى أنه لا يعتبر لان القاسم مجتهد فى تعديل السهام والإقراع فلم يعتبر الرضى بعد حكمه كالحاكم

وإن كان فى القسمة رد وخرجت القرعة لم تلزم إلا بالتراضى

وقال أبو سعيد الإصطخرى تلزم من غير تراض كقسمة **الإجبار** وهذا خطأ لان فى قسمة **الإجبار** لا يعتبر الرضى فى الابتداء وههنا يعتبر فاعتبر بعد القرعة

فصل فى إذا تقاسما أرضا ثم ادعى أحدهما غلطا فإن كان فى قسمة إجبار لم يقبل قوله من غير بينة لان القاسم كالحاكم فلم تقبل دعوى الغلط عليه من غير بينة كالحاكم

فإن أقام البينة على الغلط نقضت القسمة وإن كان فى قسمة اختيار نظرت فإن تقاسما بأنفسهما من غير قاسم لم يقبل قوله لانه رضى بأخذ حقه ناقصا

وإن أقام بينة لم تقبل لجواز أن يكون قد رضى دون حقه ناقصا

وإن قسم بينهما قاسم نصباه فإن قلنا إنه يفتقر إلى التراضى بعد خروج القرعة لم تقبل دعواه لانه رضى بأخذ الحق ناقصا

وإن قلنا إنه لا يفتقر إلى التراضى بعد خروج القرعة فهو كقسمة **الإجبار** فلا يقبل قوله إلا ببينة فإن كان فى القسمة رد لم يقبل قوله على المذهب وعلى قول أبى سعيد الإصطخرى هو كقسمة **الإجبار** فلم يقبل قوله إلا ببينة

فصل وإن تنازع الشريكان بعد القسمة فى بيت فى دار اقتسماها فادعى كل واحد منهما أنه فى سهمه ولم يكن له بينة تحالفا ونقضت القسمة كما قلنا فى المتبايعين وإن وجد أحدهما بما صار إليه عينا فله الفسخ كما قلنا فى البيع

فصل إذا اقتسما أرضا ثم استحق مما صار لاحدهما شيء بعينه نظرت فإن استحق مثله من نصيب الآخر أمضيت القسمة وإن لم يستحق من حصة الآخر مثله بطلت القسمة لان لمن استحق ذلك من حصته أن يرجع فى سهم شريكه

وإذا استحق ذلك عادت الإشاعة وإذا استحق جزء مشاع بطلت القسمة فى المستحق

وهل تبطل فى الباقى فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه يبنى على تفريق الصفقة فإن قلنا إن الصفقة لا تفرق بطلت القسمة فى الجميع وإن قلنا إنها تفرق صحت فى الباقى

". [1]

"وقال في المجموع: "الحال الثاني أن يتمكن من قضائه سواء فاته بعذر أم بغيره، ولا يقضيه حتى يموت، ففيه قولان مشهوران أشهرهما وأصحهما عند المصنف والجمهور وهو المنصوص في الجديد أنه يجب في تركه لكل يوم مد من طعام، ولا يصح صيام وليه عنه، قال القاضي أبو الطيب: هذا هو المنصوص للشافعي في كتبه الجديدة، وأكثر القديمة والثاني وهو القديم -وهو الصحيح عند جماعة من محققي أصحابنا وهو المختار- أنه يجوز لوليه أن يصوم عنه، ويصح ذلك ويجزئه عن الإطعام وتبرأ به ذمة الميت" (٢٠١).الخامسة عشرة: جواز اشتراط التحلل من الحج بالمرضقال ابن الصلاح في فتاويه: "وشرط التحلل في الحج عند المرض ونحوه والقديم أنه يجوز الشرط ويتحلل به" (٢٠٢).وقال في الروضة: " فإن شرط أنه إذا مرض تحلل فطريقان: قال الجمهور يصح الشرط في القديم، وفي الجديد قولان: أظهرهما الصحة، والثاني المنع، والطريق الثاني قاله الشيخ أبو حامد وغيره القطع بالصحة لصحة الحديث فيه". (٢٠٣).السادسة عشرة: إجبار الشريك على العمارةقال في الروضة " ولو انهدم الجدار بنفسه أو هدماه معا لاستهدامه أو غيره وامتنع، القديم إجباره عليها دفعا للضرر وصيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل، والجديد لا إجبار كما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة، ولأن الممتنع يتضرر أيضا بتكليفه العمارة ... قلت: لم يبين الإمام الرافعي الأظهر من القولين وهو من المهمات، والأظهر عند جمهور الأصحاب هو الجديد، ممن صرح بتصحيحه المحاملي والجرجاني وصاحب التنبيه وغيرهم، وصحح صاحب الشامل القديم وأفتى به الشاشي، وقال الغزالي في الفتاوى: الأقيس أن يجبر، وقال: والاختيار إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة أجبره، وإن كان لإعسار أو غرض صحيح أو شك فيه لم يجبر، وهذا التفصيل الذي قاله وإن كان أرجح من إطلاق القول **بالإجبار** فالمختار الجاري على القواعد أن لا إجبار مطلقا والله أعلم" (٢٠٤)." [2]

" وهو الأصح ، لأن مقصوده العتق فأشبه الكتابة . الرابعة : في ثبوت الخيار في شرى الجمد في شدة الحر وجهان حكاهما المتولي والرياني وآخرون ، لأنه يتلف بمضي الزمان والأصح : ثبوته . الخامسة : إن صححنا بيع الغائب ولم يثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية ، فهذا المبيع من صور الاستثناء . السادسة : إن باع بشرط نفي خيار المجلس فثلاثة أوجه ، سنذكرها مبسوطة قريبا إن شاء الله تعالى أحدها

---

(١) المهذب، ٢/٣٠٩

(٢) المدخل إلى مذهب الإمام الشافعي، ص/٦٥

: يصح البيع والشرط ، فعلى هذا تكون هذه الصورة مستثناة ، هذا حكم البيع بأنواعه والله أعلم . ولا يثبت خيار المجلس في صلح الحطيطة ، ولا في الإبراء ، ولا في الإقالة إن قلنا : إنها فسخ وإن قلنا : هي بيع ففيها الخيار ولا يثبت في الحوالة إن قلنا : إنها ليست معاوضة وإن قلنا : معاوضة لم يثبت أيضا على أصح الوجهين ، لأنها ليست على قاعدة المعاوضات ، ولا يثبت في الشفعة للمشتري ، وفي ثبوته للشفيع وجهان مشهوران أصحهما : لا يثبت ، وممن صححه المصنف في التنبيه ، والفارقي والرافعي في المحرر . وقطع به البغوي في كتابيه التهذيب و شرح مختصر المزني ، وهو الراجح في الدليل أيضا ، فإن أثبتناه فقيل : معناه أنه بالخيار بين الأخذ والترك ما دام في المجلس مع تفريعنا على قولنا : الشفعة على الفور قال : إمام الحرمين : هذا الوجه غلط ، بل الصحيح أنه على الفور ، ثم له الخيار في نقض الملك ورده ما دام في المجلس ، وهذا هو الصواب ، وهي حقيقة خيار المجلس . وأما : من اختار عين ماله لإفلاس المشتري فلا خيار له ، وفيه وجه أنه يثبت له الخيار ما دام في المجلس ، والصحيح الأول ، ولا خيار في الوقف والعتق والتدبير والطلاق والرجعة وفسخ النكاح وغيره والوصية ، ولا في الهبة إن لم يكن ثواب ، فإن كان ثواب ، فإن كان ثواب مشروط أو قلنا نقيصته الإطلاق فلا خيار أيضا على أصح الوجهين لأنها لا تسمى بيعا ، والحديث ورد في المتبايعين قال : المتولي وغيره : موضع الوجهين من الهبة بعد القبض ، أما قبله فلا خيار قطعا وأما : إذا رجع البائع في المبيع لفلس المشتري فالأصح أنه لا خيار له ، وحكى الدارمي فيه قولين عن حكاية ابن القطان ، ويثبت الخيار في القسمة إن كان فيها رد ، وإلا فإن جرت **بالإجبار** فلا رد وإن جرت بالتراضي فإن قلنا : إنها إقرار فلا خيار وإن قلنا : بيع فلا خيار أيضا على أصح الوجهين ، هكذا ذكرهما الأصحاب وقال : المتولي : إن كانت قسمة إجبار وقلنا : هي بيع فلا خيار للمجبر وفي الطالب وجهان كالشفيع . النوع الثاني : العقد الوارد على المنفعة ، فمنه النكاح ولا خيار فيه بلا خلاف ، ولا خيار في الصداق على أصح الوجهين ، فإن أثبتناه ففسخت وجب مهر المثل ، وعلى هذين الوجهين يكون ثبوت خيار المجلس في عوض الخلع ، والأصح أيضا أنه لا يثبت فيه ، ولا تندفع الفرقة

---

(١) ".

(١) "

---

(١) المجموع، ١٦٨/٩

١- الشرح : حديث عائشة رواه البخاري ومسلم . وبريرة بفتح الباء الموحدة وهي بريرة بنت صفوان مولاة عائشة رضي الله عنها روت حديثا واحدا . قوله : عتق مستحق عليه احتراز ممن نذر عتقا على وجه اللجاج ، ثم اختار كفارة اليمين بالإطعام ، وممن وعد العبد أنه يعتقه . أما الأحكام : فقال أصحابنا : الشروط خمسة أضرب أحدها : ما هو من مقتضى العقد بأن باعه بشرط خيار المجلس أو تسليم المبيع أو الرد بالعيب أو الرجوع بالعهدة أو انتفاع المشتري كيف شاء وشبه ذلك فهذا لا يفسد العقد بلا خلاف لما ذكره المصنف ويكون شرطه توكيدا وبيانا لمقتضاه . الضرب الثاني : أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكن فيه مصلحة للعاقد كخيار الثلاث والأجل والرهن والضمين والشهادة ونحوها ، وكشرط كون العبد المبيع خياطا أو كاتبا ونحوه فلا يبطل العقد أيضا بلا خلاف بل يصح ويثبت المشروط . الضرب الثالث : أن يشترط ما لا يتـعلق به غرض يورث تنازعا كشرط ألا يأكل إلا الهريسة ، أو لا يلبس إلا الخز أو الكتان ، قال إمام الحرمين : وكذا لو شرط الإشهاد بالثمن وعين شهودا وقلنا : لا يتعينون فهذا الشرط لا يفسد العقد ، بل يلغو ويصح البيع ، هذا هو المذهب ، وبه قطع إمام الحرمين والغزالي ومن تابعهما ، وقال المتولي : لو شرط التزام ما ليس بلازم بأن باع بشرط أن يصلي النوافل ، أو يصوم غير رمضان أو يصلي الفرائض في أول أوقاتها بطل البيع لأنه ألزم ، ما ليس بلازم ، قال الرافعي : مقتضى هذا فساد العقد في مسألة الهريسة ونحوها ، والله سبحانه وتعالى أعلم . الضرب الرابع : أن يبيعه عبدا أو أمة بشرط أن يعتقه المشتري ففيه ثلاثة أقوال الصحيح : المشهور الذي نص عليه الشافعي في معظم كتبه وقطع به المصنف وأكثر الأصحاب ، أن البيع صحيح والشرط لازم يلزم الوفاء به ولثاني : يصح البيع ويبطل الشرط ، فلا يلزمه عتقه والثالث : يبطل الشرط والبيع جميعا كغيره من الشروط ، والمذهب صحتهما ، وعليه التفريع قال أصحابنا : وإذا صححناه فصورته إذا شرط أن يعتقه المشتري عن نفسه ، أو أطلق اشتراط عتقه أما إذا باعه بشرط أن يعتقه المشتري من البائع فالبيع باطل قطعا ، قال أصحابنا : وإذا شرط العتق للمشتري أو أطلق ففي العتق المشروط وجهان أصحهما : أنه حق لله تعالى كالعتق الملتزم بالنذر والثاني : أنه حق للبائع ، وقد أشار المصنف إلى دليلهما . فإن قلنا : إنه حق للبائع فله مطالبة المشتري به بلا خلاف وإن قلنا : حق لله تعالى فللبائع مطالبته أيضا على أصح الوجهين وإن امتنع من الإعتاق فإن قلنا : الحق لله تعالى أجبر عليه المشتري قطعا وإن قلنا : للبائع لم يجبر ، بل يجبر البائع في فسخ البيع وإن قلنا : **بالإجبار** قال المتولي : يخرج على الخلاف في المولى إذا امتنع م

." (١)

"وسمي هذا الزواج شغارا أخذا من قولهم : شغر البلد من السلطان : إذا خلا عنه .وهذا الزواج قد خلا هو أيضا من المهر ، فأشبه البلد الشاغر من السلطان .الركن الثاني : الزوجة :ويشترط في الزوجة ليصح نكاحها الشروط التالية :١. خلوها من موانع النكاح التي مر ذكرها في محرمات النكاح والخطبة .٢. أن تكون الزوجة معينة ، فلو قال ولي الزوجة لرجل : زوجتك إحدى بناتي ، لم يصح العقد ، لعدم تعيين البنت التي يزوجها .٣. أن لا تكون الزوجة محرمة بحج أو عمرة .روى مسلم (النكاح ، باب : تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته ، رقم : ١٤٠٩) وغيره عن عثمان– رضي الله عنه – قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : " لا ينكح المحرم ، ولا ينكح ، ولا يخطب " أي لا يتزوج المحرم ، ومثله المحرمة ، ولا يزوجه غيره امرأة محرمة ، أو غير محرمة ، سواء كان بولاية ، أو وكالة ، ولا يطلب امرأة للتزويج .الركن الرابع : الزوج :... ويشترط فيه الشروط التالية :١. أن يكون ممن يحل للزوجة التزوج به ، وذلك بأن لا يكون من المحرمين عليها .٢. أن يكون الزوج معينا ، فلو قال الولي : زوجت ابنتي إلى أحدكما ، لم يصح الزواج ، لعدم تعيين الزوج .٣. أن يكون الزوج حلالا ، أي ليس محرما بحج أو عمرة ، للحديث السابق " لا ينكح المحرم ، ولا ينكح ، ولا يخطب " .الركن الرابع : الوالي :معنى الولاية :الولاية في اللغة : تأتي بمعنى المحبة والنصرة . وعليه قوله تعالى :﴿ ومن يتول الله ورسوله والذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون ﴾ [المائدة : ٥٦] .والولاية في الشرع : هي تنفيذ القول على الغير ، والإشراف على شؤونه .والمراد بالغير : القاصر والمجنون ، والبالغة في ولاية الاختبار .ويعرفها بعضهم : بأنها تنفيذ القول على الغير، شاء أو أبى ، فتشمل على هذا ولاية **الإجبار** .." (٢)

"ولأن اشتراط العدالة قد يؤدي إلى حرج كبير لقلة العدول ، ولاسيما في هذه الأيام ، ولم يعرف أن الفسقة كانوا يمنعون من تزويج بناتهم في أي عصر من العصور .ج ـ البلوغ :فلا ولاية لصبي على غيره من الزواج ، لأنه لا ولاية له على نفسه ، فلا ولاية له على غيره من باب أولى .د ـ العقل:فلا ولاية لمجنون ، لأنه لا ولاية له على نفسه ، فأولى أن لا يكون له ولاية على غيرهـ ـ السلامة من الآفاق المخلة بالنظر :فلا ولاية لمختل النظر بسبب هرم ، أو خبل ، لعجز هؤلاء عن اختيار الأكفاء ، فإن كان مريضا يغمى عليه انتظرت إفاقته ، لأن الإغماء قريب الزوال كالنوم .و ـ أن لا يكون محجورا عليه بسفه :والمحجور عليه بسفه

---

(١) المجموع، ٣٤٦/٩

(٢) الفقه المنهجي، ٤١/٤

: هو الذي يبذر ماله ، لأن السفيه لا ولاية له على نفسه ، فأولى أن لا يكون له ولاية على غيره .ز. أن يكون حلالا :... فلا يزوج المحرم بحج أو عمرة غيره ، وهو محرم ، لما سبق من قوله – صلى الله عليه وسلم – : " لا ينكح المحرم ولا ينكح " .رواه مسلم (النكاح ، باب : تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته ، رقم : ١٤٠٩) .تنبيه :إذا فقدت هذه الشروط التي ذكرت في ولي قريب من الأولياء ، انتقل حق الولاية إلى الولي الذي يليه ، ممن توفرت فيه شروط الولاية كاملة ، إلا المحرم ، فإنه لا تنتقل الولاية عنه إلى الأبعد منه ، لأن الإحرام لا يسلب الولاية ، لبقاء الرشد والنظر ، وإنما يمنع النكاح ، ولكن ينتقل حق التزويج إلى السلطان عند إحرام الولي القريب . ١٠. أقسام الولاية :تنقسم الولاية في الزواج إلى قسمين :الأول : ولاية إجبار .والثاني : ولاية اختيار .ولاية الأجبار:... وولاية الإجبار ثابتة للأب ، والجد أبي فقط ، ولا ولاية إجبار لغيرهما .وولاية الإجبار إنما تكون في تزويج البنت البكر ، صغيرة كانت أو كبيرة ، عاقلة أو مجنونة .." (١)

"فلأبيها ـ وكذلك لجدها أبي أبيها ـ أن يزوجها بغير إذنها ورضاها ، لأنه أدرى بمصلحتها ، ولوفرة شفقته عليها لا يختار لها إلا ما فيه مصلحة لها .واحتجوا لهذا بقوله – صلى الله عليه وسلم – : " الأيم أحق بنفسها من وليها ..." وسيأتي بعد قليل ـ فإنه يدل بمفهومه أن البكر وليها أحق بها من نفسها ، لأن الأيم هي الثيب ، وهي غير البكر .لكن شرطوا لصحة هذا الإجبار ثلاثة شروط :أ ـ أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة .ب ـ أن يكون الزوج كفؤا .ج ـ أن يكون الزوج موسرا بمعجل المهر .الترغيب في استئذان البكر في الزواج :إذا قلنا إن ولاية الأب ـ ومثله أبو الأب ـ هي ولاية إجبار ، فليس معنى ذلك أن الأفضل أن يجبرها على الزواج ، ويمهل رأيها ، بل الأفضل والمستحب أن يستأذنها في تزويجها ، تقديرا لها ، وتطبيقا لقلبها .ودليل ذلك قول النبي – صلى الله عليه وسلم – : " لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا : يا رسول الله ، وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت " .رواه مسلم (النكاح ، باب : استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت ، رقم : ١٤١٩) والترمذي (النكاح ، باب : ما جاء في استئذان البكر والثيب ، رقم : ٢١٠٧) وروى مسلم (النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت ، رقم : ١٤٢١) عن ابن عباس – رضي الله عنه – : أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : " الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها " . ورواه الترمذي أيضا (النكاح، باب : ما جاء في استئذان البكر والثيب ، رقم : ١١٠٨) .[والأيم في الحديثين : هي

---

(١) الفقه المنهجي، ٤/٤٥

الثيب] .والحديثان محمولان على الندب في حق البكر .ولاية الاختيار :ولاية الاختيار : فهي ثابتة لكل الأولياء الذين ذكرناهم ، وعلى الترتيب الذي قدمناه .." (١)

"صحح المصنف حرمة النظر للأمرد وخصه بالجميل والنقي البشرة، وقد نازع المصنف جمع متقدمون ومتأخرون حكما ونقلا قال حج: "حتى بالغ بعضهم فزعم أنه خرق للإجماع وليس في محله" ولهذا اعتمد حج ما في المنهاج(٤٠).وتصحيح النووي هنا مسبوق بتصريح الرافعي بالجواز وهذا ما اعتمده جمع كالشهاب وولده والخطيب وقليوبي وآخرينهذا وقد بسط صاحب المغني الرد على تصحيح المصنف ثم قال: " فعلم مما تقرر أن ما قاله المصنف من اختياراته لا من حيث المذهب وأن المعتمد ما صرح به الرافعي"(٤١)والرابعة عشرة: في كتاب الصداق، وهي قوله: "إن قلنا إنه يجبر"(٤٢).أصل المسألة أنه لو تنازع الزوجان وقال كل من الزوجين للآخر: لا أسلم حتى تسلم ففي قول يجبر هو على تسليم الصداق أولا دونها ، لأن استرداد الصداق ممكن بخلاف البضع، وفي قول لا إجبار ومن سلم أجبر صاحبه لاستوائهما في ثبوت الحق لكل منهما على الآخر، والأظهر يجبران فيؤمر بوضعه عند عدل ، وتؤمر بالتمكين ، فإذا سلمت أعطاها العدل، ولو بادرت فمكنت طالبته بالصداق على الأقوال كلها، فإن لم يطأ امتنعت حتى يسلم الصداق ويكون الحكم كما قبل التمكين، وإن وطئ فليس لها أن تمتنع، ولو بادر فسلم الصداق فيلزمها التمكين إذا طلبه، فإن منعت بلا عذر استرد إن قلنا بالمرجوح إنه يجبر ، أولا لأن الإجبار مشروط بالتمكين ، فإن قلنا لا يجبر وهو الراجح ، فليس له أن يسترد لتبرعه بالمبادرة(٤٣).والخامسة عشرة: في كتاب السير في الفصل الثاني، وهي قوله: "وزوجته الحربية على المذهب" "والمعتمد فيها الجواز، كزوجة حربي أسلم" كما في التحفة.قال في المنهاج:"ويجوز إرقاق زوجة ذمي وكذا عتيقه في الأصح لا عتيق مسلم وزوجته على المذهب"(٤٤).." (٢)

" الحال في مكان التسليم لغرض غير البراءة أجبر المسلم على قبوله أو لغرضها أجبر على القبول أو الإبراء وقد يقال بالتخيير في المؤجل والحال المحضر في غير مكان التسليم أيضا وعليه جرى صاحب الأنوار في الثاني والذي يقتضيه كلام الروضة وأصلها الإجبار فيهما على القبول فقط وعليه يفرق بأن المسلم في مسألتنا استحق التسليم فيها لوجود زمانه ومكانه فامتناعه منه محض عناد فضيق عليه بطلب الإبراء بخلاف ذينك

---

(١) الفقه المنهجي، ٤/٤٦

(٢) الضوء الوهاج في بيان المسائل الضعيفة في المنهاج، ص/٩

ولو ظفر المسلم به أي بالمسلم إليه بعد المحل بكسر الحاء

---

(١) ".

" رضا بها بعد خروج قرعة أما في قسمة الرد والتعديل فلأن كلا منهما يبيع والبيع لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى الرضا بعد خروجها كقبلة وأما في غيرها فقياسا عليهما وذلك ك قولهما رضينا بهذه القسمة أو بهذا أو بما أخرجته القرعة فإن لم يحكما القرعة كأن اتفقا على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين والآخر الآخر أو أحدهما الخسيس والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فلا حاجة إلى تراض ثان أما قسمة ما قسم إجبارا فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها وتعبيري بما ذكر بالنظر لقسمة غير الرد أولى مما عبر به فيها و النوع الأول إفراز للحق لا بيع قالوا لأنها لو كانت بيعا لما دخلها **الإجبار** ولما جاز الاعتماد على القرعة ومعنى كونها إفرازا أن القسمة تبين أن ما خرج لكل من الشريكين كان ملكه وقيل هو بيع فيما لا يملكه من نصيب صاحبه إفراز فيما كان يملكه قبل القسمة وإنما دخلها **الإجبار** للحاجة وبهذا جزم في الروضة تبعا لتصحيح أصلها في بابي زكاة المعشرات والربا وغيره من النوعين الأخيرين بيع وإن أجبر على الأول منهما كما مر قالوا لأنه لما انفرد كل من الشريكين ببعض المشترك بينهما صار كأنه باع ما كان له بما كان للآخر وإنما دخل الأول منهما **الإجبار** للحاجة وبهذا جزم في الروضة كما يبيع الحاكم مال المدين جبرا ولو ثبت بحجة هو أعم من قوله ببينة غلط فاحش أو غيره أو حيف في قسمة إجبار أو قسمة تراض بأن نصبا لهما قاسما أو اقتسما بأنفسهما ورضيا بعد القسمة هي بالأجزاء نقضت أي القسمة بنوعيها كما لو قامت حجة بجور القاضي أو كذب شهود ولأن الثانية إفراز ولا إفراز مع التفاوت فإن لم تكن بالأجزاء بأن كانت بالتعديل أو الرد لم تنقض لأنها بيع ولا أثر للغلط والحيف فيه كما لا أثر للغبن فيه لرضا صاحب الحق بتركه وإن لم يثبت ذلك وبين المدعي قدر ما ادعاه فله تحليف شريكه كنظائره ولا يحلف القاسم الذي نصبه الحاكم كما لا يحلف الحاكم أنه لم يظلم ولو استحق بعض مقسوم معينا وليس بسواء بأن اختص أحدهما به أو أصاب أكثر منه بطلت أي القسمة لاحتياج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإشاعة وإلا بأن استحق بعضه شائعا أو معينا سواء بطلت فيه لا في الباقي تفريقا للصفقة خاتمة لو ترافعوا إلى قاض في قسمة ملك

---

(١) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ٢٥٠/٣

". (١)

" وخوف عليه كأن عجل في زمن نهب وإلا بأن امتنع لا لغرض أجبر على القبض لأن للمكاتب غرضا ظاهرا فيه وهو تنجيز العتق أو تقريبه ولا ضرر على السيد وظاهر مما مر أنه لا يتعين **الإجبار** على القبض بل إما عليه أو على الإبراء ويفارق نظيره في السلم من تعيين القبول بأن الكتابة موضوعة على تعجيل العتق ما أمكن فضيق فيها بطلب الإبراء فإن أبى قبض القاضي عنه وعتق المكاتب إن أدى الكل أو عجل بعضا من النجوم ليبرئه من الباقي فقبض وأبرأ بطلا أي القبض والإبراء لأن ذلك يشبه ربا الجاهلية فقد كان الرجل إذا حل دينه يقول لمدينه اقض أو زد فإن قضاه وإلا زاده في الدين وفي الأجل وعلى السيد رد المقبوض ولا عتق

وصح اعتياض عن نجوم للزومها من جهة السيد مع التشوف للعتق وبهذا جزم في الروضة كأصلها في الشفعة وصوبه الإسنوي لنص الشافعي عليه في الأم وغيرها وإن جزم الأصل تبعا لما صححه في الروضة وأصلها هنا بعدم صحته وعلى الأول جرى البلقيني أيضا قال وتبع الشيخان على الثاني البغوي ولم يطلعا على النص لا بيعها لأنها غير مستقرة ولأن المسلم فيه لا يصح بيعه مع لزومه من الطرفين لتطرف السقوط إليه فالنجوم بذلك أولى ولا بيعه وهبته أي المكاتب كأم الولد لكن إن رضي المكاتب بذلك صح وكان رضاه فسخا للكتابة ويصح أيضا بيعه من نفسه كما في أم الولد

". (٢)

" (فصل **الإجبار**)

وللأب والجد إجبار البكر بمهر المثل بنقد البلد من موسر بصداقها والثيب لا تزوج إلا بعد البلوغ والإذن إلا في المجنونة والأمة ." (٣)

---

(١) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ٥/٣٧٦

(٢) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ٥/٤٦٨

(٣) التذكرة، ص/١٢٣

"ص -٣٥-...قبل أن يتوب منها، فذلك مضاد للتوبة، فيؤاخذ به بلا إشكال، وهو الذي قاله ابن رزين، ثم قال في آخر جوابه: والعزم على الكبيرة، وإن كان سيئة، فهو دون الكبيرة المعزوم عليها.المبحث السادس: في شروط النية.الأول: الإسلام، ومن ثم لم تصح العبادات من الكافر، وقيل يصح غسله دون وضوئه وتيممه، وقيل يصح الوضوء أيضا، وقيل يصح التيمم أيضا، ومحل الخلاف في الأصلي، أما المرتد فلا يصح منه غسل ولا غيره، كذا قال الرافعي، لكن في شرح المهذب أن جماعة أجروا الخلاف في المرتد،وخرج من ذلك صور:الأولى: الكتابية تحت المسلم، يصح غسلها عن الحيض، ليحل وطؤها بلا خلاف للضرورة، ويشترط نيتها كما قطع به المتولي والرافعي في باب الوضوء وصححه في التحقيق، كما لا يجزي الكافر العتق عن الكفارة إلا بنية العتق، وادعى في المهمات أن المجزوم به في الروضة وأصلها، في النكاح عدم الاشتراط، وما ادعاه باطل، سببه سوء الفهم، فإن عبارة الروضة هناك، إذا طهرت الذمية من الحيض والنفاس ألزمها الزوج الاغتسال، فإن امتنعت أجبرها عليه واستباحها ؛ وإن لم تنو للضرورة، كما يجبر المسلمة المجنونة، فقوله "وإن لم تنو" بالتاء الفوقية، عائد إلى مسألة الامتناع، لا إلى أصل غسل الذمية، وحينئذ لا شك في أن نيتها لا تشترط، كالمسلمة المجنونة. وأما عدم اشتراط نية الزوج عند الامتناع والمجنون، أو عدم اشتراط نيتها في غير حال الإجبار، فلا تعرض له في الكلام لا نفيا ولا إثباتا، بل في قوله في مسألة الامتناع "استباحها وإن لم تنو للضرورة" ما يشعر بوجوب النية في غير حال الامتناع.وعجبت للإسنوي كيف غفل عن هذا؟ وكيف حكاه متابعوه عنه ساكتين عليه؟ والفهم من خير ما أوتي العبد.." (١)

"ص -٧٩-...وشرع له أيضا شرطه ثلاثة أيام، ومشروعية الرد بالعيب ؛ والتحالف، والإقالة والحوالة، والرهن، والضمان والإبراء، والقرض، والشركة، والصلح، والحجر، والوكالة، والإجارة، والمساقاة، والمزارعة، والقراض، والعارية، الوديعة للمشقة العظيمة في أن كل أحد لا ينتفع إلا بما هو ملكه، ولا يستوفي إلا ممن عليه حقه، ولا يأخذه إلا بكماله، ولا يتعاطى أموره إلا بنفسه ؛ فسهل الأمر بإباحة الانتفاع بملك الغير، بطريق الإجارة أو الإعارة أو القراض، وبالاستعانة بالغير وكالة، وإيداعا، وشركة وقراضا ومساقاة، وبالاستيفاء من غير المديون حوالة، وبالتوثق على الدين برهن وضامن وكفيل وحجر، وبإسقاط بعض الدين صلحا، أو كله إبراء.ومن التخفيف: جواز العقود الجائزة ؛ لأن لزومها يشق، ويكون سببا لعدم تعاطيها ولزوم اللازم، وإلا لم يستقر بيع ولا غيره.ومنه: إباحة النظر عند الخطبة، وللتعليم، والإشهاد والمعاملة والمعالجة وللسيد.ومنه: جواز العقد على المنكوحة من غير نظر، لما في اشتراطه من المشقة التي لا يحتملها كثير

(١) الأشباه والنظائر، ١/٦٥

من الناس في بناتهم وأخواتهم من نظر كل خاطب فناسب التيسير لعدم اشتراطه بخلاف المبيع فإن اشتراط الرؤية فيه لا يفضي إلى عسر ومشقة.ومنه: إباحة أربع نسوة فلم يقتصر على واحدة تيسيرا على الرجال وعلى النساء أيضا لكثرتهن ولم يزد على أربع لما فيه من المشقة على الزوجين في القسم وغيره.ومنه: مشروعية الطلاق، لما في البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافر، وكذا مشروعية الخلع والافتداء والفسخ بالعيب ونحوه، والرجعة في العدة لما كان الطلاق يقع غالبا بغتة في الخصام والحرج ويشق عليه التزامه فشرعت له الرجعة في تطليقتين: ولم تشرع دائما لما فيه من المشقة على الزوجة إذا قصد إضرارها بالرجعة والطلاق كما كان ذلك في أول الإسلام ثم نسخ.ومنه: مشروعية **الإجبار** على الوطء أو الطلاق في المولي.." (١)

"ص -٨٧-...تنبيه:قال ابن السبكي: يستثنى من ذلك: ما لو كان أحدهما أعظم ضررا.وعبارة ابن الكتاني: لا بد من النظر لأخفهما وأغلظهما: ولهذا شرع القصاص، والحدود، وقتال البغاة، وقاطع الطريق، ودفع الصائل، والشفعة والفسخ بعيب المبيع والنكاح، والإعسار، **والإجبار** على قضاء الديون، والنفقة الواجبة، ومسألة الظفر، وأخذ المضطر طعام غيره، وقتاله عليه، وقطع شجرة الغير إذا حصلت في هواء داره ؛ وشق بطن الميت إذا بلع مالا، أو كان في بطنها ولو ترجى حياته: ورمي الكفار إذا تترسوا بنساء وصبيان، أو بأسرى المسلمين.ولو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى، والباقي لآخر، وطلب صاحب الأكثر القسمة أجيب في الأصح، وإن كان فيه ضرر شريكه.ولو أحاط الكفار بالمسلمين، ولا مقاومة بهم: جاز دفع المال إليهم، وكذا استنقاذ الأسرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره ؛ لأن مفسدة بقائهم في أيديهم، واصطلامهم للمسلمين أعظم من بذل المال.والخلع في الحيض لا يحرم ؛ لأن إنقاذها منه مقدم على مفسدة تطويل العدة عليها، ولو وقع في نار تحرقه، ولم يخلص إلا بماء يغرقه ؛ ورآه أهون عليه من الصبر على لفحات النار، فله الانتقال إليه في الأصح.ولو وجد المضطر ميتة وطعام غائب فالأصح أنه يأكل الميتة لأنها مباحة بالنص وطعام الغير بالاجتهاد.أو المحرم ميتة وصيدا: فالأصح كذلك. لأنه يرتكب في الصيد محظورين: القتل والأكل.." (٢)

"ص -١٧٦-...قال العلائي: مقتضى كلام الغزالي: أن الأصح فيما سوى القتال، وصلاة الجنازة من فروض الكفاية: أنها لا تتعين بالشروع، وينبغي أن يلحق بها غسل الميت وتجهيزه.قلت: صرح بما اقتضاه كلام الغزالي البارزي في التمييز.ولك أنت تبدل هذه القاعدة بقاعدة أعم منها، فتقول: فرض الكفاية،

---

(١) الأشباه والنظائر، ١٥١/١

(٢) الأشباه والنظائر، ١٦٣/١

هل يعطى حكم فرض العين، أو حكم النفل؟ فيه خلاف، والترجيح مختلف في الفروع:فمنها: الجمع بينه وبين فرض آخر بتيمم. فيه وجهان. والأصح: الجواز.ومنها: صلاة الجنازة قاعدا مع القدرة. وعلى الراحلة. فيه خلاف. والأصح: المنع وفرق بأن القيام معظم أركانها، فلم يجز تركه مع القدرة، بخلاف الجمع بينها وبين غيرها بالتيمم.ومنها: هل يجبر عليه تاركه، حيث لم يتعين؟ فيه صور مختلفة، فالأصح **الإجبار** في صورة الولي والشاهد إذا دعي للأداء، مع وجود غيره، وعدمه فيما إذا دعي للتحمل. وفيما إذا امتنع من الخروج معها للتغريب، وفيما إذا طلب للقضاء، فامتنع.القاعدة الرابعة عشرة: الزائل العائد، هل هو كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد؟فيه خلاف. والترجيح مختلف، فرجح الأول في فروع:منها: إذا طلق قبل الدخول، وقد زال ملكها عن الصداق وعاد، تعلق بالعين في الأصح.ومنها: إذا طلقت رجعيا. عاد حقها في الحضانة في الأصح.ومنها: إذا تخمر المرهون بعد القبض، ثم عاد خلا، يعود رهنا في الأصح.ومنها: إذا باع ما اشتراه، ثم علم به عيبا، ثم عاد إليه بغير رد: فله رده، في الأصح.ومنها: إذا خرج المعجل له الزكاة في أثناء الحول عن الاستحقاق، ثم عاد. تجزئ في الأصح.ومنها: إذا فاتته صلاة في السفر، ثم أقام، ثم سافر. يقصرها، في الأصح.ومنها: إذا زال ضوء إنسان، أو كلامه، أو سمعه، أو ذوقه، أو شمه، أو أفضاها ثم عاد. يسقط القصاص، والضمان، في الأصح.ورجح الثاني في فروع:." (١)

"ص -٢٦٥-...والمجنون، كالطفل في ذلك. قاله في الكفاية.السابع: إذا دعاه أحد الأبوين، وهو في الصلاة، ففيه أوجه. حكاها في البحر.أحدها: تجب الإجابة، ولا تبطل الصلاة.وثانيها تجب ولكن تبطل وصححه الروياني.وثالثها: لا تجب، وتبطل.قال السبكي، في كتاب بر الوالدين: المختار: القطع بأنه لا يجب إن كانت الصلاة فرضا، سواء ضاق الوقت أم لا ؛ لأنها تلزم بالشروع، وإن كانت نفلا. وجبت الإجابة، إن علم تأذيهما بتركها. ولكن تبطل.قال القاضي جلال الدين البلقيني: والظاهر: أن الأصول كلهم في هذا المعنى كالأبوين.الثامن: للأبوين منع الولد من الإحرام بحج التطوع.قال الجلال البلقيني: والظاهر: أنه يتعدى للأجداد والجدات أيضا.التاسع: لهم تأديب الفرع وتعزيره، وهذا، وإن فرضه الشيخان في الأب، فقد قال الجلال البلقيني: يشبه أن تكون الأم - إذا كان الصبي في حضانتها كذلك، فقد صرحوا في الأمر بالصلاة, والضرب عليها: بأن الأمهات كالآباء في ذلك.قلت: وكذا الأجداد والجدات.العاشر: لهم الرجوع فيما وهبوه للفروع بشرطه.والمذهب: أن الأب، والأم، والأجداد، والجدات، في ذلك سواء.الحادي عشر: تبعية الفرع في الإسلام إذا كان صغيرا.الثاني عشر: لا يحتسبون بدين الولد في وجه، جزم به في الحاوي

---

(١) الأشباه والنظائر، ١/٢٩٧

الصغير.الثالث عشر: يسن أن يهنأ كل من الأصول بالمولود، واختص الأصول الذكور بوجوب الإعفاف، سواء الأب والجد له والجد للأم.واختص الأب والجد للأب بأحكام:منها: ولاية المال. وقيل: تلي الأم أيضا.وتولي طرفي العقد في البيع ونحوه.وولاية الإجبار في النكاح: للبنت، والابن.والصلاة في الجنازة، والعفو عن الصداق، على القديم.والإحرام عن الطفل والمجنون. وقيل: يجوز للأم أيضا.وقطع السلعة، واليد المتآكلة إذا كان الخطر في الترك أكثر.." (١)

"ص -٢٦٦-...واعلم أن الجد في كل ذلك معتبر بفقد الأب، وقيل: له الإحرام مع وجوده. واختص الأب بأن فقده شرط في اليتم، ولا أثر لوجود الجد.واختص الجد للأب بأنه يتولى طرفي العقد في تزويج بنت ابنه بابن ابنه الآخر. واختصت الأم بامتناع التفريق كما تقدم.قاعدة:كل موضع كان للأم فيه مدخل فالشقيق مقدم فيه قطعا، كالإرث، ومهر المثل.وكل موضع لا مدخل لها فيه، ففي تقديمه خلاف. والأصح أيضا: تقديمه. كصلاة الجنازة، وولاية النكاح.قاعدة أخرى:لا يقدم أخ لأم، وابنه على الجد إلا في الوصية، أو الوقف لأقرب الأقارب. ولا أخ شقيق، أو لأب على الجد إلا في ذلك، وفي الولاء.فائدة:قال البلقيني: الجد أبو الأب ينقسم في تنزيله منزلة الأب، وعدم تنزيله منزلة الأب إلى أربعة أقسام: منها: ما هو كالأب، قطعا.وذلك: في صلاة الجنازة بولاية النسب، وولاية المال، وولاية النكاح بالنسب، وأنه لا يجوز للأب أن يوصي على الأولاد، مع وجود أبي أبيه، كما لا يجوز أن يوصي عليهم، مع وجود أبيه، وفي الإجبار للبكر الصغيرة، والحضانة، والإعفاف، والإنفاق وعدم التحمل في العقل، والعتق بالملك، وعدم قبول الشهادة له، والعفو عن الصداق إن قلنا به.وليس كالأب قطعا في أنه لا يرد الأم إلى ثلث ما يبقى في صورة: زوج، وأبوين، أو زوجة وأبوين، فلو كان بدل الأب جد أخذت الأم الثلث كاملا.وأن الأب يسقط أم نفسه، ولا يسقطها الجد.وكالأب على الأصح في أنه يجمع بين الفرض والتعصيب وأنه يجبر البكر البالغة وأن له الرجوع في هبته له، وأنه لا يقتل بقتله.وليس على الأصح في أنه لا يسقط الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب، بل يشاركهم ويقدم أخ المعتق العاصب على جده في الإرث والتزويج وصلاة الجنازة والوصية." (٢)

"ص -٢٨٠-...ضابط:اتحاد الموجب، والقابل ممنوع، إلا في صور:الأولى: الأب والجد في بيع مال الطفل لنفسه، وبيع ماله للطفل، وكذا في الهبة والرهن.الثانية: في تزويج الجد بنت ابنه بابن ابنه الآخر، على الأصح.الثالثة: إذا زوج عبده الصغير بأمته، على قول الإجبار.الرابعة: الإمام الأعظم، إذا تزوج من لا

---

(١) الأشباه والنظائر، ٤٢٤/١

(٢) الأشباه والنظائر، ٤٢٥/١

ولي لها، على وجه، يجري في القاضي، وابن العم والمعتق. الخامسة: إذا وكله، وأذن له في البيع من نفسه وقدر الثمن، ونهاه عن الزيادة ففي المطلب: ينبغي أن يجوز ؛ لانتفاء التهمة.فائدة:الإيجاب والقبول، هل هما أصلان في العقد أو الإيجاب أصل، والقبول فرع؟ قال ابن السبكي: رأيت في كلام ابن عدلان حكاية خلاف في ذلك، وبنى عليه بعضهم: ما إذا قال المشتري: بعني. فقال البائع: بعتك. هل ينعقد إن قلنا بالأول صح وإلا فلا، لأن الفرع لا يتقدم على أصله.ضابط:ليس لنا عقد يختص بصيغة، إلا النكاح، والسلم.ضابط:كل إيجاب افتقر إلى القبول، فقبوله بعد موت الموجب لا يفيد، إلا في الوصية. وكل من ثبت له قبول. فات بموته، إلا الموصى له، فإنه إذا مات قام وارثه فيه مقامه.تقسيم رابع: من العقود ما لا يشترط فيها القبض، لا في صحته، ولا في لزومه، ولا استقراره.ومنها: ما يشترط في صحته.ومنها: ما يشترط في لزومه.ومنها: ما يشترط في استقراره.فالأول: النكاح، لا يشترط قبض المنكوحة.والحوالة: فلو أفلس المحال عليه، أو جحد، فلا رجوع للمحتال، والوكالة، والوصية." (١)

"ص -٤٧٥-...كتاب النكاحقال البلقيني: ليس لنا عبادة شرعت من عهد آدم إلى الآن، ثم تستمر في الجنة، إلا الإيمان، والنكاح. ضابط:كل عضو حرم النظر إليه: حرم مسه ولا عكس، إلا الفرج فإنه يحرم نظره في وجه، ويجوز مسه بلا خلاف.قاعدة:لا يباشر مسلم عقد كافر بغير وكالة، إلا الحاكم، والمالك، وولي المالكة المسلمة أو الخنثى وولي المحجور عليه المسلم.قاعدة:لا مدخل للوصي في تزويج الأنثى إلا في أمة السفيه.ضابط:الولي في **الإجبار** أقسام:أحدها: يجبر ويجبر وهو الأب، والجد في البكر والمجنونة والمجنون.الثاني: لا يجبر ولا يجبر وهو السيد في العبد، على المرجح فيهما.الثالث: يجبر، ولا يجبر: وهو السيد في الأمة.الرابع: عكسه، وهو الولي في السفيه.الصور التي يزوج فيها الحاكمعشرون:الأولى: عدم الولي حسا ؛ أو شرعا، بأن يكون فيه مانع: من صغر، أو جنون، أو فسق، أو سفه. ولا ولي أبعد منه.الثانية: فقده بحيث لا يعلم موته، ولا حياته، ولم ينته إلى مدة يحكم فيها بموته.الثالثة: إحرامه.الرابعة: عضله.الخامسة: سفره إلى مسافة قصر.السادسة: حبسه بحيث لا يصل إليه إلا السجان.السابعة، والثامنة: تواريه، وتعززه.." (٢)

" المبحث السادس في شروط النية

---

(١) الأشباه والنظائر، ١/٤٤٤

(٢) الأشباه والنظائر، ٢/١٦٤

الشرط الأول : الإسلام و من ثم لم تصح العبادات من الكافر و قيل يصح غسله دون و ضوئه و تيممه و قيل يصح الوضوء أيضا و قيل يصح التيمم أيضا و محل الخلاف في الأصلي أما المرتد فلا يصح منه غسل و لا غيره كذا قال الرافعي لكن في شرح المهذب أن جماعة أجروا الخلاف في المرتد

و خرج من ذلك صور :

الأولى : الكتابية تحت المسلم يصح غسلها عن الحيض ليحل وطؤها بلا خلاف للضرورة و يشترط نيتها كما قطع به المتولي و الرافعي في باب الوضوء و صححه في التحقيق كما لا يجزي الكافر العتق عن الكفارة إلا بنية العتق و ادعى في المهمات أن المجزوم به في الروضة و أصلها في النكاح عدم الاشتراط و ما ادعاه باطل سببه سوء الفهم فإن عبارة الروضة هناك : إذا طهرت الذمية من الحيض و النفاس ألزمها الزوج الاغتسال فإن امتنعت أجبرها عليه و استباحها و إن لم تنو للضرورة كما تجبر المسلمة المجنونة فقوله : و إن لم تنو بالتاء الفوقية عائد إلى مسألة الامتناع لا إلى أصل غسل الذمية و حينئذ لا شك في أن نيتها لا تشترط كالمسلمة المجنونة و أما عدم اشتراط نية الزوج عند الامتناع و الجنون أو عدم اشتراط نيتها في غير حال **الإجبار** فلا تعرض له في الكلام لا نفيا و لا إثباتا بل في قوله في مسألة الامتناع : استباحها و إن لم تنو للضرورة ما يشعر بوجود النية في غير حال الامتناع وجبت للإسنوي كيف غفل عن هذا ؟ و كيف حكاه متابعوه منه ساكتين عليه ؟ و الفهم من خير ما أوتي العبد

الثانية : الكفارة تصح من الكافر و يشترط منه نيتها لأن المغلب فيها جانب لغرامات و النية فيها للتمييز لا للقربة و هي بالديون أشبه و بهذا يعرف الفرق بين عدم وجوب إعادتها بعد الإسلام و وجود إعادة الغسل بعده

الثالثة : إذا أخرج المرتد الزكاة في حال الردة تصح و تجزيه

الرابعة : ذكر قاضي القضاة جلال الدين البلقيني : أنه يصح صوم الكافر في صورة : و ذلك إذا أسلم مع طلوع الفجر ثم إن وافق آخر إسلامه الطلوع فهو مسلم حقيقة و يصح منه النفل مطلقا قال : و نظيرها من المنقول صوره المجامع يحق و هو مجامع بالفجر فينزع بحيث يوافق آخر نزعه الطلوع و إن وافق أول إسلامه الطلوع فهذا إذا نوى النفل صح عل الأرجح و لا أثر لما وجد من موافقة أول الإسلام الطلوع كما ذكره الأصحاب في صورة : أن يطلع و هو مجامع و يعلم بالطلوع في أوله فينزع في الحال أنه لا يبطل الصوم فيها على الأصح فحينئذ تلك اللحظة للتي كانت وقت الطلوع هي المرادة بالتصوير و ذلك قبل الحكم بالإسلام و الأخذ في الإسلام ليس بقاء على الكفر كما أن النزع ليس بقاء على الجماع و لا

يصح منه صوم الفرض و الحالة هذه لأن التبييت شرط فإن بيت و هو كافر ثم أسلم كما صورنا قال : فهل لهذه النية أثر لم أر من تعرض لذلك و يجوز أن يقال : الشروط لا تعتبر وقت النية كما قالوا في الحائض : تنوي من الليل قبل انقطاع دمها ثم ينقطع الأكثر أو العادة فلا يحتاج إلى التجديد و يجوز أن يقال : يعتبر شرط الإسلام وقت النية لأن المعتادة على يقين من الانقطاع لأكثر الحيض و على ظن قوي للعادة بظهورها و ليس في إسلام الكافر يقين و لا ظاهر فكان مترددا حال النية فيبطل الجزم كما إذا لم يكن لها عادة أو لها عادة مختلفة و لو اتفق الطهر بالليل لعدم الجزم قال : و مما يناظر ذلك : ما إذا نوى سفر القصر و هو كافر فإنه تعتبر نيته فإذا أسلم في أثناء المسافة قصر على الأرجح

الشرط الثاني : التمييز فلا تصح عبادة صبي لا يميز و لا مجنون : و خرج عن ذلك الطفل يوضئه الولي للطواف حيث يحرم عنه و المجنونة يغسلها الزوج عن الحيض و ينوي على الأصح و من فروع هذا الشرط : مسألة عمد الصبي و المجنون عمدهما في الجنايات هل هو عمد أو لا ؟ لأنه لا يتصور منهما القصد و صححوا أن عمدهما عمد و خص الأئمة الخلاف بمن له نوع تمييز فغير المميز منهما عمده خطأ قطعا و نظير ذلك : السكران لا يقضى عليه بالحدث حتى يستغرق دون أول النشوة و كذا حكم صلاته و سائر أفعاله

الشرط الثالث : العلم بالمنوي قال البغوي و غيره : فمن جهل الفرضية فرضية الوضوء أو الصلاة لم يصح منه فعلها و كذا لو علم أن بعض الصلاة فرض و لم يعلم فرضية التي شرع فيها و أن علم الفرضية و جهل الأركان فان اعتقد الكل سنة أو البعض فرضا و البعض سنة و لم يميزها لم تصح قطعا أو الكل فرضا فوجهان : أصحهما الصحة لأنه ليس فيه أكثر من أنه أدى سنة باعتقاد الفرض و ذلك لا يؤثر

وقال الغزالي : العامي الذي لا يميز الفرائض من السنن تصح عبادته بشرط أن لا يقصد التنفل بما هو فرض فإن قصده لم يعتد به و إن غفل عن التفصيل فنية الجملة كافية و اختاره في الروضة

قال الأسنوي : و غير الوضوء و الصلاة في معناهما و قال في الخادم : الظاهر أنه لا يشترط ذلك في الحج و يفارق الصلاة فإنه لا يشترط فيه تعيين المنوي بل ينعقد مطلقا و يصرفه بخلاف الصلاة و ممكن تعلم الأحكام بعد الإحرام بخلاف الصلاة و لا يشترط العلم بالفرضية لأنه لو نوى النفل انصرف إلى الفرض

و من فروع هذا الشرط : ما لو نطق بكلمة الطلاق بلغة لا يعرفها و قال قصدت بها معناها بالعربية فإنه لا بقع كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها و قال : أردت الطلاق و نظير ذلك لو قال : أنت طالق

طلقة في طلقتين و قال : أردت معناه عند أهل الحساب فإن عرفه وقع طلقتان و إن جهله فواحدة في الأصح لأن ما لا يعلم معناه لا يصح قصده

و نظيره أيضا : أن يقول : طلقتك مثل ما طلق زيد و هو لا يدري كم طلق زيد و كذا لو نوى عدد طلاق زيد و لم يتلفظ

و نظير أنت طالق طلقة في طلقتين قول المقر : له على درهم في عشرة فإنه إن قصد الحساب يلزمه عشرة كذا أطلقه الشيخان هنا و قيده في الكفاية بأن يعرفه قال : فان لم يعرفه فيشبه لزوم درهم فقط و إن قال : أردت ما يريده الحساب على قياس ما في الطلاق انتهى و قد جزم به في الحاوي الصغير

و نظير طلقتك مثل ما طلق زيد : بعتك بمثل ما باع به فلان فرسه و هو لا يعلم قدره فإن البيع لا يصح

الشرط الرابع : أن لا يأتي بمناف فلو ارتد في أثناء الصلاة أو الصوم أو الحج أو التيمم بطل أو الوضوء أو الغسل لم يبطلا لأن أفعالهما غير مرتبطة ببعضها و لكن لا يحسب المغسول في زمن الردة و لو ارتد بعد الفراغ فالأصح منه لا يبطل الوضوء و الغسل و يبطل التيمم لضعفه و لو وقع ذلك بعد فراغ الصلاة أو الصوم أو الحج أو أداء الزكاة لم يجب عليه الإعادة و أما الأجر فإن لم يعد إلى الإسلام فلا يحصل له لأن الردة تحبط العمل و إن عاد فظاهر النص أنها تحبط أيضا و الذي في كلام الرافعي أنها إنما تحبط إذا اتصلت بالموت بل في الأساليب لو مات مرتدا فحجه و عبادته باقية و تفيده المنع من العقاب فإنه لو لم يؤدها لعوقب على تركها و لكن لا تفيده ثوابا لأن دار الثواب الجنة و هو لا يدخلها و حكى الواحدي في تفسير سورة النساء خلافا في الكافر يؤمن ثم يرتد أنه يكون مطالبا بجميع كفره و أن الردة تحبط الإيمان السابق قال : و هو غلط لأنه صار بالإيمان كمن لم يكفر فلا يؤاخذ به بعد أن ارتفع حكمه قال و هو نظير الخلاف في أن من تاب من المعصية ثم عاود الذنب هل يقدح في صحة التوبة الماضية ؟ و المشهور : لا

قلت : ليس بنظيره بل بينهما بون عظيم لفحش أمر الردة فقد نص الله تعالى على أنها تحبط العمل بخلاف الذنب فإنه لا يحبط عملا و قد صح في الحديث في الكافر يسلم أنه إن أساء أخذ بالأول و الآخر

و من نظائر ذلك : من أن صحب النبي صلى الله عليه و سلم ثم ارتد و مات على الردة كابن خطل لا يطلق عليه اسم الصحابي و أما من ارتد بعده ثم أسلم و مات مسلما كالأشعث ابن قيس فقال الحافظ

أبو الفضل العراقي : في دخوله في الصحابة نظر فقد نص الشافعي و أبو حنيفة على أن الردة محبطة للعمل قال : و الظاهر أنها محبطة للصحبة السابقة

قال أما من رجع إلى الإسلام في حياته كعبد الله بن أبي سرح فلا مانع من دخوله في الصفة انتهى

و في البحر لو اعتقد صبي أبواه مسلمان الكفر و هو في الصلاة بطلت قال : و الذي كنت أقول : صلاته صحيحة لأن ردته لم تصح ثم ظهر لي الآن بطلانها لأن اعتقاد الكفر إبطال لها فلو وقع ذلك في و ضوء أو صوم فوجهان مبنيان عل نية الخروج أو في حج أو عمرة لم يضر لأنه لا يبطل بنية الإبطال انتهى كلام صاحب البحر ." (١)

" المشقة تجلب التيسير

القاعدة الثالثة

المشقة تجلب التيسير

الأصل في هذه القاعدة قوله تعالى : ﴿ يريد الله بكم اليسر و لا يريد بكم العسر ﴾ * و قوله تعالى : ﴿ و ما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ و [قوله صلى الله عليه و سلم : بعثت بالحنيفية السمحة أخرجه أحمد في مسنده من حديث جابر بن عبد الله و من حديث أبي أمامة و الديلمي في مسند الفردوس من حديث عائشة رضي الله عنها]

و [أخرج أحمد في مسنده و الطبراني و البزار و غيرهما عن ابن عباس قال قيل : يا رسول الله أي الأديان أحب إلى الله قال : الحنيفية السمحة و أخرجه البزار] من وجه آخر بلفظ أي الإسلام

و [روى الطبراني في الأوسط من حديث أبي هريرة رضي الله عنه إن أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة]

و [روى الشيخان و غيرهما من حديث أبي هريرة و غيره إنما بعثتم ميسرين و لم تبعثوا معسرين و حديث يسروا و لا تعسروا]

و [روى أحمد من حديث أبي هريرة مرفوعا إن دين الله يسر ثلاثا] :

و [روى أيضا من حديث الأعرابي بسند صحيح إن خير دينكم أيسره إن خير دينكم أيسره]

و [روى ابن مردويه من حديث محجن بن الأدرع مرفوعا إن الله إنما أراد بهذه الأمة اليسر ولم يرد بهم العسر]

---

(١) الأشباه والنظائر – شافعي، ص/٨٥

و [روى الشيخان عن عائشة رضي الله عنها ما خير رسول الله صلى الله عليه و سلم بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما]

و [روى الطبراني عن ابن عباس مرفوعا إن الله شرع الدين فجعله سهلا سمحا واسعا و لم يجعله ضيقا]

قال العلماء : يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع و تخفيفاته و أعلم أن أسباب التخفيف في العبادات و غيرها سبعة :

الأول : السفر قال النووي : و رخصه ثمانية :

منها : ما يختص بالطويل قطعا و هو القصر و الفطر و المسح أكثر من يوم و ليلة ؟

و منها : مالا يختص به قطعا و هو ترك الجمعة و أكل الميتة

و منها : ما فيه خلاف و الأصح اختصاصه به و هو الجمع

و منها : ما فيه خلاف و الأصح عدم اختصاصه به و هو التنقل على الدابة و إسقاط الفرض بالتيمم

و استدرك ابن الوكيل رخصة تاسعة صرح بها الغزالي و هي :

ما إذا كان له نسوة و أراد السفر فإنه يقرع بينهن و يأخذ من خرجت لها القرعة و لا يلزمه القضاء لضراتها إذا رجع و هل يختصر ذلك بالطويل وجهان :

أصحهما : لا

الثاني : المرض و رخصه كثيرة :

التيمم عند مشقة استعمال الماء و عدم الكراهة في الاستعانة بمن يصب عليه أو يغسل أعضاءه و القعود في صلاة الفرض و خطبة الجمعة و الاضطجاع في الصلاة

و الإيماء و الجمع بين الصلاتين على وجه اختاره النووي و السبكي و الأسنوي و البلقيني و نقل عن النص و صح فيه الحديث و هو المختار و التخلف عن الجماعة و الجمعة مع حصول الفضيلة كما تقدم و الفطر في رمضان و ترك الصوم للشيخ الهرم مع الفدية و الانتقال من الصوم إلى الإطعام في الكفارة و الخروج من المعتكف و عدم قطع التتابع المشروط في الاعتكاف و الاستنابة في الحج و في رمي الجمار و إباحة محظورات الإحرام مع الفدية و التحلل على وجه فإن شرطه فعلى المشهور و التداوي بالنجاسات و بالخمر على وجه و إساغة اللقمة بها إذا غص

بالاتفاق و إباحة النظر حتى للعورة و السوأتين

الثالث : الإكراه

الرابع : النسيان

الخامس : الجهل و سيأتي لها مباحث

السادس : العسر و عموم البلوى كالصلاة مع النجاسة المعفو عنها كدم القروح و الدمامل و البراغيث و القيح و الصديد و قليل دم الأجنبي و طين الشارع و أثر نجاسة عسر زواله و ذرق الطيور إذا عم في المساجد و المطاف و ما يصيب الحب في الدوس من روث البقر و بوله

و من ذلك العفو عما لا يدركه الطرف و ما لا نفس له سائلة و ريق النائم و فم الهرة

و من ثم لا يتعدى إلى حيوان لا يعم اختلاطه بالناس كما قال الغزالي و أفواه الصبيان و غبار السرجين و نحوه و قليل الدخان أو الشعر النجس و منفذ الحيوان

و من ثم لا يعفى عن منفذ الآدمي لإمكان صونه عن الماء و نحوه و روث ما نشوءه في الماء و المائع و ما في جوف السمك الصغار على وجه اختاره الروياني

و من ذلك : مشروعية الإستجمار بالحجر و إباحة الاستقبال و الاستدبار في قضاء الحاجة في البنيان و مس المصحف للصبي المحدث

و من ثم لا يباح له إذا لم يكن متعلما كما نقله في المهمات عن مفهوم كلامهم و جواز المسح على العمامة لمشقة استيعاب الرأس و مسح الخف في الحضر لمشقة نرعه في كل وضوء و من ثم وجب نزعه في الغسل لعدم تكرره

و أنه لا يحكم على الماء بالاستعمال ما دام مترددا على العضو و لا يضره التغيير بالمكث و الطين و الطحلب و كل ما يعسر صونه عنه و إباحة الأفعال الكثيرة و الاستدبار في صلاة شدة الخوف و إباحة النافلة على الدابة في السفر و في الحضر على وجه و إباحة القعود فيهما مع القدرة و كذا الاضطجاع و الإبراد بالظهر في شدة الحر

و من ثم لا إبراد بالجمعة لاستحباب التبكير إليها

و جمع في المطر و ترك الجماعة و الجمعة بالأعذار المعروفة و عدم وجوب قضاء الصلاة على الحائض لتكررها بخلاف الصوم و بخلاف المستحاضة لندرة ذلك و أكل الميتة و مال الغير مع ضمان البدل إذا اضطر و أكل الولي من مال اليتيم بقدر أجرة عمله إذا احتاج و جواز تقديم نية الصوم على أوله و نية صوم النفل بالنهار و إباحة التحلل من الحج بالإحصار و الفوات و لبس الحرير للحكة و القتال و

بيع نحو الرمان و البيض في قشره و الموصوف في الذمة و هو السلم مع النهي عن بيع الغرر و الاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة و أنموذج المتماثل و بارز الدار عن أسها و مشروعية الخيار لما كان البيع يقع غالبا من غير ترو و يحصل فيه الندم فيشق على العاقد فسهل الشارع ذلك عليه بجواز الفسخ في مجلسه و شرع له أيضا شرطه ثلاثة أيام و مشروعية الرد بالعيب و التحالف و الإقالة و الحوالة و الرهن و الضما ن و البراء و القرض و الشركة و الصلح و الحجر و الوكالة و الإجارة و المساقاة و المزارعة و القراض و العارية و الوديعة للمشقة العظيمة في أن كل أحد لا ينتفع إلا بما هو ملكه و لا يستوفى إلا ممن عليه حقه و لا يأخذه إلا بكماله و لا يتعاطى أموره إلا بنفسه فسهل الأمر بإباحة الانتفاع بملك الغير بطريق الإجارة أو الإعارة أو القراض و بالاستعانة بالغير وكالة و إيداعا و شركة و قراضا و مساقاة و بالاستيفاء من غير المديون حوالة و بالتوثق على الدين برهن و ضامن و كفيل و حجر و بإسقاط بعض الدين صلحا أو كله إبراء

و من التخفيف :

جواز العقود الجائزة لأن لزومها يشق و يكون سببا لعدم تعاطيها و لزوم اللازم و إلا لم يستقر بيع و لا غيره

و منه : إباحة النظر عند الخطبة و للتعليم و الإشهاد و المعاملة و المعالجة وللسيد

و منه : جواز العقد على المنكوحة من غير نظر لما في اشتراطه من المشقة التي لا يحتملها كثير من الناس في بناتهم و أخواتهم : من نظر كل خاطب فناسب التيسير لعدم اشتراطه بخلاف المبيع فإن اشتراط الرؤية فيه لا يفضي إلى عسر و مشقة

و منه : إباحة أربع نسوة فلم يقتصر على واحدة تيسيرا على الرجال و على النساء أيضا لكثرتهن و لم يزد على أربع لما فيه من المشقة على الزوجين في القسم و غيره

و منه : مشروعية الطلاق لما في البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافر و كذا مشروعية الخلع و الافتداء و الفسخ بالعيب و نحوه و الرجعة في العدة لما كان الطلاق يقع غالبا بغتة في الخصام و يشق عليه التزامه فشرعت له الرجعة في تطليقتين : و لم تشرع دائما لما فيه من المشقة على الزوجة إذا قصد إضرارها بالرجعة و الطلاق كما كان ذلك في أول الإسلام ثم نسخ

و منه : مشروعية **الإجبار** على الوطء في المولى

و منه ة مشروعية الكفارة في الظهار و اليمين تيسيرا على المكلفين لما في التزام موجب ذلك من المشقة عند الندم

و كذا مشروعية التخيير في كفارة اليمين لتكرره بخلاف كفارة الظهار و القتل و الجماع لندرة وقوعها و لأن المقصود الزجر عنها

و مشروعية التخيير في نذر اللجاج : بين ما التزم و الكفارة لما في الالتزام بالمنذور لجاجا من المشقة

و منه : مشروعية التخيير بين القصاص و الدية تيسيرا على هذه الأمة على الجاني و المجني عليه و كان في شرع موسى عليه السلام القصاص متحتما و لا دية

و في شرع عيسى عليه السلام الدية و لا قصاص

و منه : مشروعية الكتابة ليتخلص العبد من دوام الرق لما فيه من العسر فيرغب السيد الذي لا يسمح بالعتق مجانا بما يبذل له من النجوم

و منه : مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الإنسان ما فرط منه في حال الحياة و فسح له في الثلث دون ما زاد عليه دفعا لضرر الورثة فحصل التيسير و دفع المشقة في الجانبين

و منه : إسقاط الإثم عن المجتهدين في الخطأ و التيسير عليهم بالاكتفاء بالظن و لو كلفوا الأخذ باليقين لشق و عسر الوصول إليه

فقد بان بهذا أن هذه القاعدة يرجع إليها غالب أبواب الفقه

السبب السابع : النقص

فإنه نوع من المشقة إذ النفوس مجبولة على حب الكمال فناسبه التخفيف في التكليفات

فمن ذلك : عدم تكليف الصبي و المجنون و عدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال : كالجماعة و الجمعة و الجهاد و الجزية و تحمل ا لعقل و في ذلك و إباحة لبس الحرير و حلى الذهب و عدم تكليف الأرقاء بكثير مما على الأحرار ككونه على النصف من الحر في الحدود و العدد و غير ذلك مما سيأتي في الكتاب الرابع ." (١)

" الضرر لا يزال بالضرر

الثالثة : الضرر لا يزال بالضرر

قال ابن السبكي : و هو كعائد يعود على قولهم الضرر يزال و لكن لا بضرر فشأنهما شأن الأخص مع الأعم بل هما سواء لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق الضرر يزال

---

(١) الأشباه والنظائر - شافعي، ص/١٦٠

و من فروع هذه القاعدة :

عدم وجوب العمارة على الشريك في الجديد و عدم إجبار الجار على وضع الجذوع و عدم إجبار السيد على نكاح العبد و الأمة التي لا تحل له

و لا يأكل المضطر طعام مضطر آخر إلا أن يكون نبيا فإنه يجوز له أخذه و يجب على من معه بذله له و لا قطع فلذة من فخذه و لا قتل ولده أو عبده و لا قطع فلذة من نفسه : إن كان الخوف من القطع كالخوف من ترك الأكل أو أكثر

و كذا قطع السلعة المخوفة

و لو مال حائط إلى الشارع أو ملك غيره لم يجب إصلاحه

و لو سقطت جرة و لم تندفع عنه إلا بكسرها ضمنها في الأصح

و لو و قع دينار في محبرة و لم يخرج إلا بكسرها كسرت و على صاحبه الأرش فلو كان بفعل صاحب المحبرة فلا شيء

و لو أدخلت بهيمة رأسها في قدر و لم يخرج إلا بكسرها فإن كان صاحبها معها فهو مفرط بترك الحفظ فإن كانت غير مأكولة كسرت القدر و عليه أرش النقص أو مأكولة ففي ذبحها وجهان و إن لم يكن معها فإن فرط صاحب القدر كسرت و لا أرش و إلا فله الأرش

و لو التقت دابتان على شاهق و لم يمكن تخليص واحدة إلا بإفلات الأخرى لم يفت واحد منهما بل من ألقى دابة صاحبه و خلص دابته ضمن

و لو سقط على جريح فإن استمر قتله و إن انتقل قتل غيره فقيل : يستمر

لأن الضرر لا يزال بالضرر و قيل : يتخير للاستواء و قال الإمام : لا حكم فيه في هذه المسألة

و لو كانت ضيقة الفرج لا يمكن وطؤها إلا بإفضائها فليس له الوطء

و لو رهن المفلس المبيع أو غرس أو بنى فيه فليس للبائع الرجوع في صورة صحة الرهن لأن فيه إضرار بالمرتهن و لا في صورة الغرس و يبقى الغرس و البناء للمفلس لأنه ينقص قيمتها و يضر بالمفلس و الغرماء

قال ابن السبكي : يستثنى من ذلك : ما لو كان أحدهما اعظم ضررا

و عبارة ابن الكتاني : لابد من النظر لأخفهما و أغلظهما و لهذا شرع القصاص و الحدود و قتال البغاة و قاطع الطريق و دفع الصائل و الشفعة و الفسخ بعيب المبيع و النكاح و الإعسار و **الإجبار** على

قضاء الديون و النفقة الواجبة و مسالة الظفر و أخذ المضطر طعام غيره و قتاله عليه و قطع شجرة الغير إذا حصلت في هواء داره و شق بطن الميت إذا بلع مالا أو كان في بطنها ولد ترجي حياته و رمي الكفار إذا تترسوا لنساء و صبيان أو بأسرى المسلمين

و لو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى و الباقي لآخر و طلب صاحب الأكثر القسمة أجيب في الأصح و إن كان فيه ضرر شريكة

و لو أحاط الكفار بالمسلمين و لا مقاومة بهم جاز دفع المال إليهم و كذا استنقاذ الأسرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره لأن مفسدة بقائهم في أيديهم و اصطلامهم للمسلمين أعظم من بذل المال

و الخلع في الحيض لا يحرم لأن إنقاذها منه مقدم على مفسدة تطويل العدة عليها

و لو وقع في نار تحرقه و لم يخلص إلا بماء يغرقه و رآه أهون عليه من الصبر على لفحات النار فله الانتقال إليه في الأصح

و لو وجد المضطر ميتة و طعام غائب فالأصح أنه يأكل الميتة لأنها مباحة بالنص و طعام الغير بالاجتهاد

أو المحرم ميتة و صيدا فالأصح كذلك لأنه يرتكب في الصيد محظورين القتل و الأكل

و نشأ من ذلك قاعدة رابعة و هي إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما

و نظيرها : قاعدة خامسة : و هي درء المفاسد أولى من جلب المصالح فإذا تعارض مفسدة و مصلحة قدم دفع المفسدة غالبا لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات و لذلك [قال صلى الله عليه و سلم : إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم و إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه]

و من ثم سومح في ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة كالقيام في الصلاة و الفطر و الطهارة و لم يسامح في الإقدام على المنهيات و خصوصا الكبائر

و من فروع ذلك

المبالغة في المضمضة و الاستنشاق مسنونة و تكره للصائم

تخليل الشعر سنة في الطهارة و يكره للمحرم

و قد يراعي المصلحة لغلبتها على المفسدة

من ذلك : الصلاة مع اختلال شرط من شروطها سن الطهارة و الستر و الاستقبال فإن في كل ذلك مفسدة لما فيه من الإخلال بجلال الله في أن لا يناجي لا على أكمل الأحوال و متى تعذر شيء من ذلك جازت الصلاة بدونه تقدما لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة

و منه : الكذب مفسدة محرمة و متى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز :

كالكذب للإصلاح بين الناس و على الزوجة لإصلاحها

و هذا النوع راجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين في الحقيقة ." (١)

" القاعدة الثالثة عشرة فرض الكفاية هل يتعين بالشروع أولا ؟

فيه خلاف

رجح في المطلب : الأول و البارزي في التمييز : الثاني

قال في الخادم : و لم يرجح الرافعي و النووي شيئا لأنها عندهما من القواعد التي لا يطلق فيها الترجيح لاختلاف الترجيح في فروعها :

فمنها : صلاة الجنازة الأصح تعيينها بالشروع لما في الإعراض عنها من هتك حرمة الميت

و منها : الجهاد و لا خلاف أنه يتعين بالشروع نعم جرى خلاف في صورة منه و هي : ما إذا بلغه رجوع من يتوقف غزوه على إذنه و الأصح : أنه تجب المصابرة ولا يجوز الرجوع

و منها : العلم فمن اشتغل به و حصل منه طرفا و أنس منه الأهلية هل يجوز له تركه أو يجب عليه الاستمرار ؟ وجهان الأصح : الأول : و وجه بأن كل مسألة مستقلة برأسها منقطعة عن غيرها و وجه بان كل مسألة مستقلة برم سها منقطعة عن غيرها

قال العلائي : مقتضى كلام الغزالي : أن الأصح فيما سوى القتال وصلاة الجنازة من فروض الكفاية : أنها لا نتعين بالشروع و ينبغي أن يلحق بها غسل الميت و تجهيزه قلت : صر بما اقتضاه كلام الغزالي البارزي في التمييز

ولك أن تبدل هذه القاعدة بقاعدة أعم منها فتقول : فرض الكفاية هل يعطى حكم فرض العين أو حكم النفل ؟ فيه خلاف و الترجيح مختلف في الفروع

و منها : الجمع بينه و بين فرض آخر بتيمم فيه وجهان و الأصح : الجواز

---

(١) الأشباه والنظائر – شافعي، ص/١٧٦

و منها : صلاة الجنازة قاعدا مع القدرة و على الراحلة فيه خلاف والأصح : المنع و فرق بأن القيام معظم أركانها فلم يجز تركه مع القدرة بخلاف الجمع بينها و بين غيرها بالتيمم

و منها : هل يجبر عليه تاركه حيث لم يتعين ؟ فيه صور مختلفة فالأصح **الإجبار** في صورة الولي و الشاهد إذا دعي للأداء مع و جود غيره و عدمه فيما إذا دعي للتحمل و فيما إذا امتنع من الخروج معها للتغريب و فيما إذا طلب للقضاء فامتنع ." (١)

" اختص الأب و الجد للأب بأحكام

و اختص الأب و الجد للأب بأحكام

منها : ولاية المال و قيل : تولى الأم أيضا

و تولى طرفي العقد في البيع و نحوه

و ولاية **الإجبار** في النكاح : للبنت و الابن

و الصلاة في الجنازة و العفو عن الصداق على القديم

و الإحرام عن الطفل و المجنون و قيل : يجوز للأم أيضا

و قطع السلعة و اليد المتآكلة إذا كان الخطر في الترك أكثر

و اعلم أن الجد في كل ذلك معتبر بفقد الأب و قيل : له الإحرام مع و جوده

و اختص الأب بان فقده شرط في اليتم و لا أثر لوجود الجد

و اختص الجد للأب بأنه يتولى طرفي العقد في تزويج بنت ابنه بابن ابنه الآخر

و اختصت الأم بامتناع التفريق كما تقدم

قاعدة

كل موضع كان للأم فيه مدخل فالشقيق مقدم فيه قطعا كالإرث و مهر

و كل موضع لا مدخل لها فيه ففي تقديمه خلاف و الأصح أيضا : تقديمه كصلاة الجنازة و ولاية النكاح

قاعدة أخرى

لا يقدم أخ لأم و ابنه على الجد إلا في الوصية أو الوقف لأقرب الأقارب

و لا أخ شقيق أو لأب على الجد إلا في ذلك و في الولاء

---

(١) الأشباه والنظائر – شافعي، ص/٣١٨

فائدة

قال البلقيني : الجد أبو الأب ينقسم في تنزيله منزلة الأب و عدم تنزيله منزلة الأب إلى أربعة أقسام

منها : ما هو كالأب قطعا

و ذلك : في صلاة الجنازة بولاية النسب و ولاية المال و ولاية النكاح بالنسب و أنه لا يجوز للأب أن يوصي على الأولاد مع وجود أبي أبيه كما لا يجوز أن يوصي عليهم مع وجود أبيه و في الإجبار للبكر الصغيرة و الحضانة و الإعفاف و الإنفاق و عدم التحمل في العقل و العتق بالملك و عدم قبول الشهادة له و العفو عن الصداق

إن قلنا به

و ليس كالأب قطعا :

أنه لا يرد الأم إلى ثلث ما يبقى في صورة : زوج : و أبوين أو زوجة و أبوين فلو كان بدل الأب جد أخذت الأم الثلث كاملا

و أن الأب يسقط أم نفسه و لا يسقطها الجد

و كالأب على الأصح :

في أنه يجمع بين الفرض و التعصيب و أنه يجبر البكر البالغة و أن له الرجوع في هبته له و أنه لا يقتل بقتله

و ليس كالأب على الأصح :

في أنه لا يسقط الأخوة و الأخوات لأبوين أو لأب بل يشاركهم و يقدم أخ المعتق العاصب على جده في الإرث و التزويج و صلاة الجنازة و الوصية لأقرب الأقارب و يدخل في الوصية للأقارب و لا يحتاج إلى فقده في الوصية لليتامى و لا في قسم الفيء و الغنيمة

فائدة

قال في اللباب : يترتب على النسب إثنا عشر حكما :

توريث المال و الولاية و تحريم الوصية و تحمل الدية و ولاية التزويج و ولاية غسل الميت و الصلاة عليه و ولاية المال و ولاية الحضانة و طلب الحد و سقوط القصاص و تغليظ الدية ." (١)

" اتحاد الموجب و القابل ممنوع إلا في صور

---

(١) الأشباه والنظائر – شافعي، ص/٤٥١

ضابط

اتحاد الموجب و القابل ممنوع إلا في صور :

الأولى : الأب و الجد في بيع مال الطفل لنفسه و بيع ماله للطفل و كذا في الهبة و الرهن

و الثانية : في تزويج الجد بنت ابنه بابن ابنه الآخر على الأصح

الثالثة : إذا زوج عبده الصغير بأمته على قول الإجبار

الرابعة : الإمام الأعظم إذا تزوج من لا ولي لها على وجه يجري في القاضي و ابن العم و المعتق

و الخامسة : إذا وكله و أذن له في البيع من نفسه و قدر الثمن و نهاه عن الزيادة ففي المطلب : ينبغي أن يجوز لانتفاء التهمة

فائدة

الإيجاب و القبول هل هما أصلان في العقد أو الإيجاب أصل و القبول فرع ؟

قال ابن السبكي : رأيت في كلام ابن عدلان حكاية خلاف في ذلك و بنى عليه بعضهم ما إذا قال المشتري : بعني فقال البائع : بعتك هل ينعقد إن قلنا بالأول صح و إلا فلا لأن الفرع لا يتقدم على أصله

ضابط

ليس لنا عقد يختص بصيغة إلا النكاح و السلم

ضابط

كل إيجاب افتقر إلى القبول فقبوله بعد موت الموجب لا يفيد إلا في الوصية

و كل من ثبت له قبول فات بموته إلا الموصى له فإنه إذا مات قام وارثه فيه مقامه ." (١)

"القول في الإجبار على النكاح (والنساء) بالنسبة إلى إجبارهن في التزويج وعدمه (على ضربين) الأول (بكر) تجبر (و) الثاني (ثبت) لا تجبر (فالبكر) ولو كبيرة ومخلوقة بلا بكارة أو زالت بلاوطء كسقطة أو حدة حيض (يجوز) ويصح (للأب والجد) أبي الأب وإن علا عند عدم الأب وإن عدم أهليته (إجبارها على النكاح) أي تزويجها بغير إذنها لخبر الدارقطني الثيب أحق بنفسها والبكر يزوجها أبوها ولأنها لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء

تنبيه لتزويج الأب أو الجد البكر بغير إذنها شروط الأول أن لا يكون بينها وبينه عداوة ظاهرة

الثاني أن يزوجها من كفء

---

(١) الأشباه والنظائر - شافعي، ص/٤٧٠

الثالث أن يزوجها بمهر مثلها

الرابع أن يكون من نقد البلد

الخامس أن لا يكون الزوج معسرا بالمهر

السادس أن لا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى أو شيخ هرم

السابع أن لا يكون قد وجب عليها نسك فإن الزوج يمنعها لكون النسك على التراخي ولها غرض في تعجيل براءة ذمتها قاله ابن العماد

وهل هذه الشروط المذكورة شروط لصحة النكاح بغير الإذن أو لجواز الإقدام فقط فيه ما هو تعتبر لهذا وما هو معتبر لذلك فالمعتبرات للصحة بغير الإذن أن لا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة وأن يكون الزوج كفأ وأن يكون موسرا بحال صداقها وما عدا ذلك شروط لجواز الإقدام

قال الولي العراقي وينبغي أن يعتبر في **الإجبار** أيضا انتفاء العداوة بينها وبين الزوج انتهى

وإنما لم يعتبروا ظهور العداوة هنا كما اعتبر ثم لظهور الفرق بين الزوج والولي المجبر بل قد يقال إنه لا حاجة إلى ما قاله لأن انتفاء العداوة بينها وبين الولي يقتضي أن لا يزوجها إلا ممن يحصل لها منه حظ ومصلحة لشفقته عليها أما مجرد كراهتها له من غير ضرر فلا يؤثر لكن يكره لوليها أن يزوجها منه كما نص عليه في الأم ويسن استئذان البكر إذا كانت مكلفة لحديث مسلم والبكر يستأمرها أبوها وهو محمول على الندب تطييبا لخاطرها وأما غير المكلفة فلا إذن لها

ويسن استفهام المراهقة وأن لا تزوج الصغيرة حتى تبلغ والسنة في الاستئذان لوليها أن يرسل إليها نسوة ثقات ينظرن ما في نفسها والأم بذلك أولى لأنها تطلع على ما لا يطلع غيرها

من لا تجبر على النكاح (والثيب) البالغة (لا يجوز) ولا يصح (تزويجها) وإن عادت بكارتها إلا بإذنها لخبر الدارقطني السابق وخبر لا تنكحوا الأيامى حتى تستأمروهن رواه الترمذي وقال حسن صحيح

ولأنها عرفت مقصود النكاح فلا تجبر بخلاف البكر فإن كانت الثيب صغيرة غير مجنونة وغير أمة لم تزوج سواء احتملت الوطء أم لا

(إلا بعد بلوغها وإذنها) لأن إذن الصغيرة غير معتبر فامتنع تزويجها إلى البلوغ أما المجنونة فيزوجها الأب والجد عند عدمه قبل بلوغها للمصلحة وأما الأمة فلسيدها أن يزوجها وكذا الولي السيد عند المصلحة

." (١)

"النساء مؤتمنات على أرحامهن

وخرج بانقضاء العدة غيره كنسب واستيلاد فلا يقبل قولها إلا ببينة وبغير الأشهر انقضاؤها بالأشهر وبالإمكان ما إذا لم يمكن لصغر أو يأس أو غيره فيصدق بيمينه ويمكن انقضاؤها بوضع لتمام بستة أشهر ولحظتين من حين إمكان اجتماعهما بعد النكاح والمصور بمائة وعشرين يوما ولحظتين ولمضغة بثمانين يوما ولحظتين وبأقراء لحرة طلقت في طهر سبق بحيض باثنين وثلاثين يوما ولحظتين وفي حيض بسبعة وأربعين يوما ولحظة ولغير حرة طلقت في طهر سبق بحيض بستة عشر يوما ولحظتين وفي حيض بإحدى وثلاثين يوما ولحظة

(و) إذا انقضت عدتها ثم جدد نكاحها (تكون معه على ما بقي) له (من) عدد (الطلاق) لما روى البيهقي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه أفتى بذلك ووافقه عليه جماعة من الصحابة ولم يظهر لهم مخالف

القول فيما إذا طلقها ثلاثا (فإن طلقها) أي الحر (ثلاثا) أو العبد ولو مبعضا طلقتين معا أو مرتبا قبل الدخول أو بعده في نكاح أو أنكحة (لم تحل) أي المطلقة (له إلا بعد وجود خمسة أشياء) في المدخول بها وعلى وجود ما عدا الأول منها في غيرها الأول (انقضاء عدتها منه) أي المطلق (و) الثاني (تزويجها بغيره) ولو عبدا أو مجنونا (و) الثالث (دخوله بها وإصابتها) بدخول حشفته أو قدرها من مقطوعها ولو كان عليها حائل كأن لف عليها خرقة فإنه يكفي تغييبها في قبلها خاصة لا في غيره كدبرها كما لا يحصل به التحصين وسواء أولج هو أم نزلت عليه في يقظة أو نوم أو أولج فيها وهي نائمة

(و) الرابع (بينونتها منه) أي الزوج الثاني بطلاق أو فسخ أو موت (و) الخامس (انقضاء عدتها منه) لاستبراء رحمها لاحتمال علوقها من إنزال حصل منه

تنبيه يشترط انتشار الآلة وإن ضعف الانتشار واستعان بأصبعه أو أصبعها بخلاف ما لم ينتشر لشلل أو عنة أو غيره فالمعتبر الانتشار بالفعل لا بالقوة على الأصح كما أفهمه كلام الأكثرين وصرح به الشيخ أبو حامد وصاحبا المهذب والبيان وغيرهم حتى لو أدخل السليم ذكره بأصبعه بلا انتشار لم يحلل كالطفل

فما قيل إن الانتشار بالفعل لم يقل به أحد ممنوع

---

(١) الإقناع للشربيني، ٤١٥/٢

ولا بد أيضا من صحة النكاح فلا يحلل الوطء في النكاح الفاسد ولا ملك اليمين ولا وطء الشبهة لأنه تعالى علق الحل بالنكاح وهو إنما يتناول النكاح الصحيح بدليل ما لو حلف لا ينكح لا يحنث بما ذكر

وكون الزوج ممن يمكن جماعه لا طفلا لا يتأتى منه ذلك أو يتأتى منه وهو رقيق لأن نكاحه إنما يتأتى **بالإجبار** وقد مر أنه ممتنع فليحذر مما وقع لبعض الرؤساء والجهال من الحيلة لدفع العار من إنكاحها مملوكه الصغير ثم بعد وطئه يملكه لها لينفسخ النكاح وقد قيل إن بعض الرؤساء فعل ذلك وأعادها فلم يوفق الله بينهما وتفرقا وإنما حرمت عليه إلى أن تتحلل تنفيرا من الطلاق الثلاث ولقوله تعالى ﴿ فإن طلقها ﴾ أي الثالثة ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾

". (١)

"من مقطوعها بقبل المرأة وسمي الوطء فيئة لأنه من فاء إذا رجع

(والتكفير) لليمين إن كان حلفه بالله تعالى على ترك وطئها (أو الطلاق) للمحلوف عليه

تنبيه كيفية المطالبة أنها تطالبه أولا بالفيئة التي امتنع منها فإن لم يفيء طالبته بطلاق لقوله تعالى ﴿ فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم ﴾ ولو تركت حقها كان لها المطالبة بعد ذلك لتجدد الضرر وليس لسيد الأمة مطالبته لأن التمتع حقها وينتظر بلوغ المراهقة ولا يطالب وليها لذلك

وما ذكرته من الترتيب بين مطالبتها بالفيئة والطلاق هو ما ذكره الرافعي رحمه الله تعالى تبعا لظاهر النص وإن كان قضية كلام المنهاج أنها تردد الطلب بينهما فإن كان المانع بالزوج وهو طبعي كمرض فتطالبه بالفيئة باللسان بأن يقول إذا قدرت فئت ثم إن لم يفيء طالبته بطلاق أو شرعي كإحرام وصوم واجب فتطالبه بالطلاق لأنه الذي يمكنه لحرمة الوطء فإن عصى بوطء لم يطالب لانحلال اليمين (فإن امتنع منهما أي الفيئة والطلاق

(طلق عليه الحاكم) طلقة نيابة عنه

(١) الإقناع للشربيني، ٢/٤٥٠

لأنه لا سبيل إلى دوام إضرارها ولا إجبار على الفيئة لأنها لا تدخل تحت **الإجبار** والطلاق يقبل النيابة فناب الحاكم عنه عند الامتناع فيقول أوقعت على فلانة على فلان طلقة كما حكي عن الإملاء أو حكمت عليه في زوجته بطلقة

تنبيه يشترط حضوره ليثبت امتناعه كالعضل إلا إن تعذر ولا يشترط للطلاق حضوره عنده ولا ينفذ طلاق القاضي في مدة إمهاله ولا بعد وطئه أو طلاقه

وإن طلقا معا وقع الطلاقان وإن طلق القاضي مع الفيئة لم يقع الطلاق لأنها المقصودة وإن طلق الزوج بعد طلاق القاضي وقع الطلاق إن كان طلاق القاضي رجعيا

تتمة لو اختلف الزوجان في الإيلاء أو في انقضاء مدته بأن ادعته عليه فأنكر صدق بيمينه لأن الأصل عدمه

ولو اعترفت بالوطء بعد المدة وأنكره سقط حقها من الطلب عملا باعترافها ولم يقبل رجوعها عنه لاعترافها بوصول حقها إليها

ولو كرر يمين

". (١)

" (فصل **الإجبار**)

وللأب والجد إجبار البكر بمهر المثل بنقد البلد من موسر بصداقها والثيب لا تزوج إلا بعد البلوغ والإذن إلا في المجنونة والأمة ." (٢)

"بأرضه المرهونة ولا يكون النخل الحادث فيها داخلا في الرهن معها لأن حدوث النخل نماء والنماء الحادث من الرهن لا يدخل في الرهن . فإذا ثبت أنه لا يدخل في الرهن ولا يمنع قبل حلول الحق نظر في ذلك عند حلول الحق ، فإن قضى الراهن من ماله خرجت الأرض من الرهن وكان النخل مقرا فيها للراهن وإن امتنع الراهن من قضاء الحق من ماله نظر في بياض الأرض ، فإن كان في ثمنه وفاء الحق بيع بياض الأرض وقضي به الحق وكان النخل على حاله مقرا في الأرض لا يعرض لبيعه ولا لقلعه ، وإن لم يكن في ثمن بياض الأرض وفاء للحق نظر في الراهن فإن أجاب إلى بيع النخل مع الأرض بعناهما معا وكان

(١) الإقناع للشربيني، ٢/٤٥٤

(٢) التذكرة في الفروع على مذهب الشافعي، ص/١٢٣

للمرتهن من الثمن ما قابل قيمة الأرض بيضاء لا نخل فيها والراهن ما قابل النخل . وإن امتنع من بيع النخل مع الأرض لم يخل حاله من أحد أمرين : إما أن يكون موسرا يجوز تصرفه في ماله أو يكون مفلسا محجورا عليه بحق غرمائه . فإن كان موسرا يجوز تصرفه في ماله لم يجبر على بيع النخل مع الأرض لأن **الإجبار** الجزء السادس [1] على بيع الأملاك لا يجوز إلا في رهن أو غريم مفلس ولم يتعلق بنخل الراهن أحد هذين فلم يجز أن يجبر على بيعها ، وإذا لم يجبر." [2]

" مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " وهكذا لو باعه على أن يعطيه حميلا بعينه فلم يتحمل له فله رد البيع " . قال الماوردي : فأما الضمان فهو أحد الوثائق الثلاثة في الأموال ، فإذا شرط المشتري على نفسه في عقد البيع أن يقيم بالثمن ضامنا معينا صح البيع ولزم الشرط كالرهن إذا شرط في العقد ، فإذا ضمنه الضامن المشروط سقط خيار البائع وإن لم يضمن لم يجبر على الضمان ، لأن الضمان لا يصح **بالإجبار** ويكون البائع بالخيار بين إمضاء البيع بلا ضمان وبين فسخه لما دخل عليه من النقص في شرطه ، فإن قال المشتري : أنا أقيم لك بالثمن ضمينا غيره لم يلزم البائع إمضاء البيع بضمان الثاني وكان على خياره لاختلاف الذمم وفقد الشرط ، كما أن البائع لو سأل المشتري أن يقيم له ضمينا غير المعين لم يلزمه لأنه غير لازم بالشرط . فصل : فأما إذا شرط المشتري على نفسه في عقد البيع شهادة شاهدين معينين فالعقد صحيح والشرط لازم ، لأن الشهادة وثيقة كالرهن والضمان ، فإن أشهدهما لم يلزمه إشهاد غيرهما ، ولم يكن للبائع خيار بموتهما ، كما لو مات الضامن لم يلزم المشتري إقامة غيره ولم يكن للبائع خيار بموته ، وأما إن." [3]

" مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " وقسمته بينهما إن شاءا ، إن كان عرضه ذراعا أعطيه شبرا في طول الجدار ، ثم قلت له : إن شئت أن تزيد من عرصة دارك أو بيتك شبرا آخر ليكون لك جدار خالص فذلك لك " . الجزء السادس [4] قال الماوردي : وهذا كما قال ، إذا كان الحائط بين شريكين فطلب أحدهما القسمة وأراد إجبار شريكه عليها عند امتناعه منها لم يخل ذلك من ثلاثة أقسام : أحدها : أن يكون بناء لا عرصة له . والثاني : أن يكون عرصة لا بناء فيها . والثالث : أن يكونا معا . فإن كان

---

(١) ١٢٥

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٢٥٠/٦

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٣٧٢/٦

(٤) ٣٩٦

الحائط بناء لا عرصة له لم يجز أن يقسم جبرا ؛ لأن البناء لا يعلم ما فيه ليتساويا في الاقتسام به إلا بعد هدمه ، وفي هدمه ضرر فلم يدخله إجبار ، فإن اصطلحا عليه جاز . وإن كان ذلك عرصة لا بناء فيها دخلها الإجبار في القسمة ، فإن دعا الطالب إلى قسمه عرصة الحائط طولا أجيب إليها ، ومثاله أن يكون طول العرصة عشرة أذرع ، وعرضها ذراع ، فيدعوا إلى قسمة الطول ليكون خمسة أذرع من العشرة في عرض ذراع ، فهذا جائز ؛ لأن أي النصفين حصل له بالقرعة نفعه ، فإن دعى إلى القسمة عرضا ليكون له شبرا من العرض في الطول كله ففي جواز الجبر عليها وجهان : أحدهما." (١)

"وهو قول أبي إسحاق المروزي : أنه لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها : لأن قسمة الإجبار ما دخلتها القرعة ، ودخول القرعة في هذه القسمة مضر : لأنه قد يحصل لكل منهما بالقرعة ما يلي صاحبه ، فلا ينتفع واحد منهما بشيء مما صار إليه ، وعادت بالضرر عليه ، والقسمة إذا عادت بضرر الشريكين لم يدخلها الإجبار . والوجه الثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أنه يجاب إليها ، ويقسم عرض العرصة بينهما ، ويدفع إلى كل واحد منهما النصف الذي يليه بغير قرعة ، لأن القرعة تدخل في القسمة لتمييز ما اشتبه الانتفاع به ، والأنفع لكل واحد منهما أن يأخذ ما يليه ، فلم يكن لدخول القرعة وجه ، قال الشافعي : ثم قلت له : إن شئت أن تزيد من عرصة دارك أو بيتك شبرا آخر ليكون لك جدارا خالصا فذلك لك . وهذا لم يقله مشورة كما عابه من جهل معنى كلامه ، وإنما قاله ليبين أن كل واحد منهما قد ينتفع بما صار له . ثم ذكر وجه المنفعة ، بأن يضم إلى العرصة شبرا ليصير جدارا كاملا .." (٢)

" فصل : فإن كان الحائط بناء وعرصة نظر في طالب القسمة طلب احد الشريكين فى الجدار القسمة طولا أوعرضا ، فإن دعى إليها عرضا الجزء السادس (٣) ليكون له شبر من عرض البناء والعرصة من الطول كله لم يجب إليها جبرا ، ولا يصح ذلك بينهما تراضيا واختيارا ، وإنما كان كذلك لأن ما يصير إلى كل واحد منهما من نصف العرض مضر به وبصاحبه ، لأنه إن أراد هدمه لم يقدر عليه إلا بهدم ما لشريكه أو شيء منه ، وإن أراد وضع شيء عليه وقع الثقل على ما لشريكه فأضر به . فإن قيل : فهلا جاز ذلك بتراضيهما ؟ قيل : إن تراضيا بهدمه في الحال والاقتسام بآلته جاز . وإن تراضيا بقسمته بناء قائما ، وتحديد ما لكل واحد منهما متصلا لم يجز ، وإن لما ذكرنا من دخول الضرر فيما بعد . وإن كان الطالب يدعو

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٨٦٣/٦

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٨٦٤/٦

(٣) ٣٩٧

إلى قسمته طولا ليكون لكل واحد منهما نصفه طولا في العرض كله جازت بالتراضي . وفي جواز الإجبار عليها وجهان : أحدهما وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي : لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها ؛ لأنه قد لا يقدر على هدم النصف الذي صار له إلا بهدم شيء من نصف صاحبه فصارت ضررا عليهما . والوجه الثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : يجبره على هذه القسمة." (١)

"أن يختص كل واحد منهما ببناء حقه ، إلا أن يكون السقف لأحدهما فيختص الذي هو له ببنائه دون غيره . والحال الثالثة : أن يمتنع صاحب العلو من البناء ، ويدعو صاحب السفل إليه فله أن يختص ببناء سفله ، وليس له مطالبة صاحب العلو ببناء علوه : لأنه لا حق له في بنائه ، ويقدر على الانتفاع بحقه إلا أن يكون السقف بينهما ، فيكون على ما نذكره من القولين في إجبار الشريكين على المباناة . والحال الرابعة : وهي مسألة الكتاب أن يمتنع صاحب السفل من بنائه ويدعو صاحب العلو إليه ليبني العلو عليه ففي إجباره قولان : وهكذا الشريكان في حائط قد انهدم ، إذا دعي أحدهما إلى البناء وامتنع الآخر ، هل يجبر الممتنع منهما على البناء أم لا ؟ على قولين : أحدهما وهو قوله في القديم وبه قال مالك : أنه يجبر الممتنع على البناء ليصل الآخر إلى حقه ، لقوله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ : لا ضرر ولا ضرار ، من ضار أضر الله به ، ومن شاق شق الله عليه . فلما نفى لحوق الإضرار دل على وجوب الإجبار ، ولما روي أن الضحاك بن خليفة أنبع ماء بالعريص وأراد أن يجريه إلى أرضه فلم يصل إليه إلا بعد إمراره على أرض محمد بن سلمة." (٢)

"فامتنع محمد من ذلك ، وتخاصما إلى عمر رضي الله عنه ، فقال عمر لمحمد بن سلمة ليمرن به أو أمره على بطنك . وروي أنه قضي على بعض الأنصار بمثل ذلك لعبد الرحمن بن عوف ، الجزء السادس (٣) وإن رسول الله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ قضى بمثل ذلك للزبير بن العوام على بعض الأنصار حتى قال الأنصاري : أن كان ابن عمتك فتمعر وجه رسول الله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ فأنزل الله : فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم . فلما جاء الخبر والأثر بمثل ما ذكرنا لزوال الضرر عن الجار دل على أن الضرر يزال بالإجبار . ولأنه لما استحقت الشفعة لزوال الضرر بها ووجبت القسمة إذا دعي إليها أحد الشريكين لينتفي الإضرار معها كان وجوب المباناة مع ما فيها من تضاعف الضرر أولى . والقول الثاني

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦/٨٦٥

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦/٨٧٢

(٣) ٤٠١

قاله في الجديد وهو الصحيح وبه قال أبو حنيفة أنه لا إجبار في ذلك ويترك كل واحد منهما إلى أن يختار البناء لقوله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ : " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " ولأنه لا يجبر على عمارة ملكه ولا عمارة ملك غيره في حال الانفراد فوجب أن لا يجبر على عمارته في حال الاشتراك كالزرع والغراس طردا وكنفقة." (١)

"البهائم عكسا . ولأنه لا يخلو أن يكون **الإجبار** لمصلحة نفسه أو لمصلحة غيره ، وقد تقرر أنه لا يجبر على واحد منهما . فأما الجواب عن قوله " لا ضرر ولا ضرار " فهو أنه ليس استعماله في نفي الضرر عن الطالب بإدخاله على المطلوب بأولى من نفيه عن المطلوب بإدخاله على الطالب ، إذ ليس يمكن نفيه عنهما ، فتناوب الأمران فيه فسقط الاستدلال بظاهره . وأما حديث عمر فهو قضية في عين لا يجوز أن يستدل بعمومها ولعل إجراء المال قد كان مستحقا من قبل ؛ لأن الإجماع لا يلزم أحدا أن يجري ماء غيره على أرضه وكذلك حديث الزبير . وأما استحقاق الشفعة لإزالة الضرر بها ، فلأنه لا يدخل على الغير إضرار بها ؛ لأنه قد يأخذ ما قدر وليس كذلك في العمارة والمباناة . وأما القسمة فليست غرما ، وإنما هي لتمييز الملكين وإقرار الحقين ، والعمارة غرم محض فافترقا .." (٢)

" مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب الدعوى والبينات على كتاب اختلاف أبي حنيفة : " فإذا أفاد صاحب السفل مالا الشركاء في المنزل أخذ منه قيمة ما أنفق في السفل (قال المزني) قلت أنا : الأول أولى بقوله لأن الثاني متطوع فليس له أخذه من غيره إلا أن يراضيه عليه " . قال الماوردي : أما كتاب الدعوى على كتاب أبي حنيفة فمن كتب الشافعي في الجديد . فاختلف أصحابنا فيما قاله فيه ، فذهب المزني وابن أبي هريرة إلى أنه أجبر فيه على البناء والمحافرة كما أجبر عليه في القديم . فصار قوله في القديم وأحد قوليه في الجديد وجوب المباناة والمحافرة . فإن أعسر بها الممتنع وأنفق الطالب رجع عليه عند يساره بما أنفق إذا كان قد أنفق بحكم حاكم . وإن كان بغير حكم حاكم فعلى ما ذكرنا من الوجهين . وذهب سائر أصحابنا إلى أنه لم يرد بذلك **الإجبار** على المباناة والمحافرة ، وإنما هو محمول على قوله في الجديد مع سقوط **الإجبار** في ذلك على أحد أمرين : إما أن يكون صاحب السفل قد أذن

---

(١) الحاوى الكبير . الماوردى، ٦/٨٧٣

(٢) الحاوى الكبير . الماوردى، ٦/٨٧٤

لصاحب العلو أن يبني ليرجع عليه بما أنفق ، فلصاحب العلو أن يرجع عليه عند يساره بما أنفق : لأنه أنفق بإذنه ونائبا عنه ، أو يكون صاحب." (١)

"العلو والسفل اتفقا على الهدم ليبنيا ذلك من بعد ، فإذا هدماه أجبر صاحب السفل على البناء قولا واحدا نص عليه في الأم . ومن أصحابنا من كان يخرج **الإجبار** في هذا على قولين كالذي مضى ، وليس بصحيح ، بل يجبر على ذلك في القولين معا ؛ لأنهما لما اصطلحا على الهدم والبناء صار البناء مضمونا عليه بالشرط الذي التزمه فوجب أن يجبر عليه ليفي بشرطه . فلو أعسر بالبناء (صاحب السفل) بعدما إتفقا صاحب العلو والسفل على الهدم ليبنيا ذلك من بعد ، كان لصاحب العلو أن يبني ليرجع على صاحب السفل بما أنفق في بناء السفل فيكون الذي نص عليه في كتاب الدعوى على أبي حنيفة هو ما ذكرنا .." (٢)

" فصل : فأما المزني فإنه يذهب إلى إبطال بيع العلو مفردا عن السفل كقول أبي حنيفة ، وتعلقا بما ذكره من الصلح على إشراع الجناح الذي قد مضى الانفصال عنه . ثم لما حكاه عن الشافعي في كتاب أدب القاضي أنه منع من قسمة دار على أن يكون لأحدهما سفلها وللآخر علوها . فجعل هذا من قوله دليلا على أن العلو لا يجوز إفراده بالعقد وهذا الذي قاله المزني غير صحيح لأن الشافعي إنما منع من قسمة الدار أن يكون علوها لأحد الشريكين وسفلها للآخر إجبارا أو كرها . لأن قسمة **الإجبار** توجب تعديل الملك بين الشريكين ليكون شطر الدار علوا وسفلا لأحدهما وشطرا للآخر بقدر السهام في الملك . فأما إذا تراضيا الشريكان بقسمة الدار على أن يكون سفلها لأحدهما وعلوها للآخر جاز . والصلح إنما هو عقد مراضاة لا يصح مع **الإجبار** فلم يجز أن تعتبر فيه قسمة **الإجبار** .." (٣)

" فصل : والفصل الثاني هو أن يضمن العبد مالا عن سيده لأجنبي ، فيصح ضمانه إذا كان بأمر سيده لأن العبد قد يلزمه دينه كالحر ، فصار ضمانه عن سيده كضمان غيره ، وليس للسيد أن يجبر عبده على الضمان عنه لأن الضمان عقد لا يصح مع **الإجبار** فإذا أدى العبد عن سيده مال ضمانه في حال رقه لم يستحق على سيده الرجوع به ضمان العبد ؛ لأن ما بيد العبد ملك لسيده فلم يصح أن يجب له في ذمة سيده مال ، وإن أداه عن السيد بعد عتقه ففي رجوعه بذلك على سيده وجهان : أحدهما وهو قول أبي

---

(١) الحاوى الكبير . الماوردى، ٦/٨٨٣

(٢) الحاوى الكبير . الماوردى، ٦/٨٨٤

(٣) الحاوى الكبير . الماوردى، ٦/٩٠١

العباس له الرجوع على سيده بما أدى عنه بعد عتقه : لأنه أداه في حال يصح أن يثبت له في ذمة سيده دين . والوجه الثاني قاله أبو حامد المروزي في جامعه : لا رجوع له بذلك على سيده لأنه قد الجزء السادس [١] كان ضمنه عنه في حال لا يثبت له حق في ذمة سيده ، فاعتبر أبو حامد حال الضمان وأبو العباس حال الأداء .." [٢]

"ليؤخذ كفيلا به . والقول الثاني : أن الكفيل واجب ويمنع حتى يدفع كفيلا به ؛ لأننا لسنا على يقين من استحقاقه وإنما دفعنا إليه تغليبا لحاله مع تجويز غائب يلزم الاحتياط له . وقال آخرون : بل ليس ذلك على قولين وإنما هو على اختلاف حالين فنصه هاهنا على " أنه لا يجبر إذا كان ممن لا يسقط ونصه في الدعوى على أنه يجبر إذا كان ممن يسقط . وقال آخرون : على غير هذا الوجه من اختلاف الحالين فنصه على الإجبار إذا كان غير ثقة ، ونصه على عدم الإجبار إذا كان ثقة . والله أعلم بالصواب .." [٣]

"باستهلاكه كالمأكول ، ونوع يكون نفعه باستبداله واستخدامه كالثياب ، والعبيد فلما ضمن الغصب نفع الاستهلاك وجب أن يضمن به نفع الاستخدام ويتحرر من اعتلاله قياسان : أحدهما : أنه نوع نفع فوجب أن يضمن بالغصب كالأكل . والثاني : أن ما ضمن نفعه استبدالا كالمبذول عوضا ولأنه لما ضمن بالغصب ما لم ينتفع به من الأعيان التالفة في يده فأولى أن يضمن ما قد استهلكه من المنافع بيده لما ضمن المنافع بالمراضاة والاختيار فأولى أن يضمنها مع الإكراه والإجبار ، فأما الجواب عن قوله – ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ – : الخراج بالضمان فهو أن الغاصب غير مراد به ؛ لأنه جعل خراج الغلة لمن عليه ضمان الرقبة ، والغاصب لا يملك الغلة مع ضمان الرقبة فجاز أن يضمنها ضمان الرقبة ؛ ويكون الحديث محمولا على مالك الغلة الذي يملك بضمانه الرقبة وهو المشتري ، وقد روي ذلك في الحديث نقلا ، فأما قياسهم على المشتري فالمعنى فيه حدوث المنافع مع ملكه فلذلك لم يضمنها ، والمنافع في الغصب حادثة على ملك المغصوب فلذلك كان الغاصب ضامنا لها ، وأما قياسهم على منافع الحر فقال الشافعي – رضي الله عنه – في كتاب السير : إن الإمام إذا." [٤]

---

(١) ٤٥٩

(٢) الحاوى الكبير . الماوردى، ١٠٠٨/٦

(٣) الحاوى الكبير . الماوردى، ٢٦٥/٧

(٤) الحاوى الكبير . الماوردى، ٣٨٠/٧

"أكره مشركا ، أو الذمي على الجهاد معه ، ماذا على الإمام ؟ – حملا على كلام الشافعي في عبارته في الأم – على الجهاد معه فعليه أجرة مثله يوم إكراهه على الخروج معه . واختلف أصحابنا في منافع الحر هل تضمن بالتفويت أم لا ؟ على وجهين : أحدهما : أنها مضمونة على من فوتها عليه بحبسه وتعطيله استشهادا بذلك من قول الشافعي – رضي الله عنه – واستشهادا بمنافع العبد ، فعلى هذا يبطل استدلالهم به . والوجه الثاني : وهو أصح الوجهين وبه قال جمهور أصحابنا أن منافع الحر ليست مضمونة بالتفويت ، والحبس وإنما هي مضمونة بالاستهلاك ، **والإجبار** على العمل وحملوا كلام الشافعي على أنه أوجب له الأجرة لإكراهه على الجهاد فكذا حال الأحرار إذا أكرهوا على الأعمال هل يستحقون الأجرة ؟ استحقوا الأجرة ، فعلى هذا يكون الفرق بين المملوك ، حيث كانت منافعه مضمونة بالتفويت وبين الحر حيث لم تضمن منافعه بالتفويت من وجهين : الجزء السابع [١] أحدهما : أن العبد لما كان مضمونا باليد كانت منافعه مضمونة باليد ، والحر لما لم يضمن باليد لم تضمن منافعه باليد . والثاني : أن منافع الحر في يده فلذلك لم تضمن إلا بالاستهلاك وليست منافع." [٢]

" فصل : فإن حصل منهما عدول عن طلب المغصوب إلى أخذ قيمته فهذا على ثلاثة أقسام : أحدها : أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغصوب منه . والقسم الثاني : أن يطلبها المغصوب منه ويمتنع الغاصب . القسم الثالث : أن يتفق عليها المغصوب منه والغاصب . فأما القسم الأول وهو أن يبذل الغاصب قيمة العبد المغصوب ويطالب المغصوب منه بعبده ويمتنع من أخذ قيمته فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على طلبه ، والتزام مؤنته ؛ لأن المالك لا يجبر على إزالة ملكه . والقسم الثاني : وهو أن يطلب المغصوب منه قيمة عبده ، ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد العبد بعينه ، فينظر فإن كان العبد على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير فالقول قول الغاصب ، ولا يجبر على بذل القيمة ؛ لأن العبد المغصوب مقدور عليه ، وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما استحقه عاجلا ، فإذا أخذ القيمة ملكها ملكا مستقرا ، وملك الغاصب العبد ملكا مراعى لتملكه بعد القدرة عليه إن شاء ، أو يتوصل به إلى أخذ ما أجبر على دفعه من القيمة إن شاء ؛ لأن **الإجبار**." [٣]

---

(١) ١٦٢

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٣٨١/٧

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥١٤/٧

" فصل : وأما الفصل الثاني وهو ما تجب فيه الشفعة فهي عراص الأرضين ، وما يتبعها متصلا دون غيرها ، وجملة الأشياء أنها على ثلاثة أقسام : أحدها : ما وجبت فيه الشفعة مقصودا وهي عراص الأرضين المحتملة لقسمة **الإجبار** ، فإن لم تحتمل قسمة **الإجبار** لصغرها كالطريق الضيقة وبياض البير فلا شفعة فيه ، وقال أبو العباس بن سريج : يجب فيه الشفعة تعليلا بسوء المشاركة واستدامة الضرر بها لتعذر القسمة وبه قال أبو حنيفة ، وعند الشافعي – رضي الله عنه – أنه لا شفعة فيها تعليلا في وجوبها بالخوف من مئونة القسمة وأن ما لا ينقسم جبرا فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمئونة القسمة . وقد روي عن النبي – ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ – أنه قال : لا شفعة في فناء ، ولا طريق ، ولا منقبة ، ولا ركح ، ولا رهوة قال أبو عبيد : المنقبة : الطريق الضيقة بين الدارين ، والركح : ناحية البيت من ورائه ، وما كان فضاء لا بناء فيه ، يعني إذا كان للسابلة ، والمارة ، والرهوة : الجوبة تكون في محلة القوم يسيل فيها ماء المطر وغيره " . والقسم الثاني : ما تجب فيه الشفعة تبعا وهو البناء ، والغرس ، إن كان مبيعا مع الأرض وجبت فيه الشفعة تبعا للأرض إن كان." (١)

"فيها ما يحتمل قسمة **الإجبار** وإن لم تحتملها لم تجب فيه الشفعة عند الشافعي – رضي الله عنه – ووجبت فيه عند أبي العباس بن سريج وهو قول أبي حنيفة . وإن كان البناء والغرس منفردا عن الأرض في البيع فلا شفعة فيه عند الشافعي – رضي الله عنه – وأبي حنيفة . وقال مالك : تجب الشفعة في البناء المفرد وفي الغراس وفي الثمار ، والمقاتي ، والمباطح لاتصاله بعراص الأرض المستحق فيها الشفعة ؛ وهذا خطأ لقوله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ : الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة فجعل حدود القسمة شرطا في إبطال الشفعة فدل على استحقاقها فيما يجبر فيه على القسمة ، ولأن البناء ، والغراس تبع لأصله فلما لم يستحق في الأرض شفعة لخروجها عن العقد ، لم يجب في البناء والغراس شفعة وإن دخلت في العقد . فإذا تقرر أن لا شفعة فيما أفرد بالبيع من البناء ، والغراس ، وكانت دار ذات علو مشترك الجزء السابع (٢) وسفلها لغير الشركاء في علوها فباع أحد الشركاء في العلو حقه نظر في السقف فإن كان لأرباب السفل فلا شفعة في الحصة المبيعة من العلو ؛ لأنها بناء منفرد وإن كان السقف لأرباب العلو ففي وجوب الشفعة في الحصة المبيعة." (٣)

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٥٥/٧

(٢) ٢٣٤

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٥٦/٧

"العامل شريك في الربح بعمله ومالك له بظهوره ، وبه قال أبو حنيفة ، ووجهته ثلاثة أشياء : أحدها : أن للعامل إجبار رب المال على القسمة – ولو لم يكن شريكا فيه بسهم لم يكن له **الإجبار** على قسمته – ألا تراه في المضاربة الفاسدة لا يملك إجباره على القسمة ؛ لأن ما يستحقه عليه أجرة ، ويملكه في المضاربة الصحيحة ، ولو لم يكن في المال ربح لم يجبره على القسمة ، ويجبره إذا كان فيه ربح ، ولا شيء أدل على ثبوت الملك من استحقاق القسمة . والثاني : أنه لو كان ما يستحقه من الربح أجرة لا يملكها إلا بالقبض لما جاز أن تكون مجهولة القدر ، وفي إجماعهم على جواز المضاربة مع الجهالة بربحها دليل على أن سهم العامل منها لشركته فيها ، وليست أجرة تبطل مع الجهالة بها . والثالث : أنه لو كان سهمه من الربح أجرة على عمله في المال لوجب أن يستحقه مع الخسران لوجود العمل ، وإن عدم الربح كوجوده مع ظهور الربح ؛ لأن فوات الأجرة لا تسقط معاوضة العمل كما لو استأجره على عمل بمال معين فتلف المال بعد العمل لم يهدر عمله واستحق به أجرة المثل ، فلما لم يجز ذلك دل على فساد الأجرة وصحة الشركة . الجزء السابع (١) فعلى." (٢)

"فيه إلا ما لا وجه له سواه ، فعلى هذا يجب على الإمام أن يقترض له ما ينفق عليه ، إما من بيت المال أو من أحد من المسلمين ، فإن لم يكن في بيت المال مال ولم ينفرد أحد من المسلمين به وجب عليه أن يخص نفسه الجزء الثامن (٣) ومن حضره من ذوي المكنة وجعلها مقسطة عليهم على عددهم جبرا ولا يخص **بالإجبار** عليها واحدا . قال الشافعي : فإن لم يفعل حرم تضييعه على من عرفه حتى يقام بكفالته : لأن ذلك من فروض الكفايات ، ثم ينظر ، فإن بان عبدا رجع بها على سيده ، وإن بان له أب غني أخذها من أبيه ، فإن بلغ ولا أب له ولا سيد ، فإن علمه مكتسبا رجع عليه في كسبه ، وإن كان غير مكتسب فهو من جملة أهل الصدقات فيقضي ذلك عنه من أي المالين يراه فيها من سهم الفقراء أو المساكين ، أو من سهم الغارمين ، والله أعلم .." (٤)

"في الموضع الذي جعلها أحق بنفسها موجب أن لا يسقط ولايته عن عقدها ، ليكون حقها في نفسها ، وحق الولي في عقدها ، فيجمع بين هذا الخبر وبين قوله لا نكاح إلا بولي في العقد . والثالث :

---

(١) ٣٢٧

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٧/٧٩٥

(٣) ٣٩

(٤) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٨/١١٠

أن لفظة " أحق " موضوعة في اللغة للاشتراك في المستحق إذا كان حق أحدهما فيه أغلب ، كما يقال : زيد أعلم من عمرو إذا كانا عالمين وأحدهما أفضل وأعلم ، ولو كان زيد عالما وعمرو جالسا لكان كلاما مردودا : لأنه لا يصير بمثابة قوله العالم أعلم من الجاهل ، وهذا الفرد إذا كان ذلك موجبا لكل واحد منهما حق ، وحق الثيب أغلب ، فالأغلب أن يكون من جهتها الإذن والاختيار من جهة قبول الإذن في مباشرة العقد . وأما قوله : ليس للولي مع الثيب أمر : الجزء التاسع [1] فالأمر هو **الإجبار** والإلزام ، وليس للولي إجبار الثيب وإلزامها ولا يقتضي ذلك أن ينفرد بالعقد دون وليها ، كما لا تنفرد به دون الشهود . فأما حديث المرأة التي زوجها أبوها ، فرواية عكرمة بن فلان ، فإن كان مولى ابن عباس فهو مرسل الحديث ، لأنه تابعي ولم يسنده ، والمرسل ليس بحجة الحديث المرسل ، وإن كان غيره فهو مجهول ، وجهالة الراوي تمنع من قبول حديثه ، ثم لا حجة فيه." [2]

" مسألة : قال الشافعي : " وفي قول النبي ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها دلالة على الفرق بين الثيب والبكر في أمرين ، أحدهما : أن إذن البكر الصمت والتي تخالفها الكلام ، والآخر : أن أمرهما في ولاية أنفسهما مختلف ، فولاية الثيب أنها أحق من الولي ، والولي هاهنا الأب – والله أعلم – دون الأولياء " . قال الماوردي : وهذا كما قال . قد ذكرنا أن المراد بالأيم هاهنا الثيب لما قدمنا ، وإذا كان كذلك فقد استدل الشافعي بهذا الخبر على الفرق بين البكر والثيب في كلمتين : الجزء التاسع [3] إحداهما : الفرق بينهما في صفة الإذن . والثاني : الفرق بينهما في **الإجبار** على العقد ، ونحن نقدم الكلام في **الإجبار** على العقد : لأنه أصل لم يعقبه بصفة الإذن في موضعه ، فنقول : النساء ضربان : أبكار ، وثيب . فأما الثيب فيأتي حكمهن . وأما الأبكار فلهن حالتان : حالة مع الأباء ، وحالة مع غيرهم من الأولياء . فأما حالهن مع الآباء فهن ضربان : صغار ، وكبار . فأما صغار الأبكار فللآباء إجبارهن على النكاح فيزوج الأب ابنته البكر الصغيرة من غير أن يراعي فيه اختيارها ،." [4]

---

(١) ٤٤

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٩٣/٩

(٣) ٥٢

(٤) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١١٥/٩

" فصل : وأما البكر الكبيرة فللأب – أو للجد عند فقد الأب – أن يزوجها جبرا كالصغيرة ، وإنما يستأذنها على استطابة النفس من غير أن يكون شرطا في جواز العقد . وبه قال ابن أبي ليلى ، وأحمد ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة : ليس للأب إجبار البكر البالغ على العقد إلا عن إذن . وبه قال الأوزاعي والثوري : فجعل الإجبار معتبرا بالصغيرة دون البكارة ، وجعل الشافعي الإجبار معتبرا بالبكارة دون الصغر ، واستدل من نص قول أبي حنيفة برواية عطاء عن جابر : أن رجلا زوج ابنته – وهي بكر – فمات ، ففرق رسول الله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ بينهما . وبرواية عائشة أن النبي ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ قال : استأمروا النساء في أبضاعهن ، فكان على عمومه ، ولأنها متصرفة في مالها ، فلا يجوز إجبارها على النكاح كالثيب : ولأن كل من زال عنه الحجر في ماله ، زال عنه الحجر في نكاحه كالرجل . ودليلنا رواية الشافعي عن م الك عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير عن ابن عباس أن النبي ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ قال : الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها فلما جعل الثيب أحق بنفسها من وليها علم أن ولي البكر." (١)

"وأما قياسهم على الثيب فالمعنى فيها : أنه لما لم يجز للأب قبض صداقها إلا بإذنها لم يجز له عقد نكاحها إلا بإذنها ، ولما جاز للأب قبض صداق البكر بغير رضاها عند أبي حنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي ، جاز له أن يعقد نكاحها بغير رضاها : لأن التصرف في المبدل معتبر بالتصرف في البدل . وأما قياسهم على الرجل فالمعنى فيه أنه لما لم يكن للأب أن يعترض عليه في نكاحه لم يكن له أن يجبره عليه وليس كذلك البكر . فصل : فإذا ثبت أن للأب إجبار البكر على النكاح صغيرة أو كبيرة ، وكذلك الجد وإن علا ، وقال ابن أبي ليلى وأحمد بن حنبل : ليس الإجبار إلا للأب دون الجد . وقال مالك : للجد إجبار الصغيرة كالأب وليس له إجبار الكبيرة بخلاف الأب . وفرق بين الأب والجد ، بأن الجد يملك الولاية بوسيط كالإخوة ، وهذا خطأ لقوله تعالى : ملة أبيكم إبراهيم [الحج : ٧٨] فسماه أبا إجراء لحكم الأب عليه ، وإن خالفه في الاسم ، ولأنه لما ثبت ولاية الجد على الأب فأولى أن يثبت على من يلي عليه الأب ، ولأنه لما ساوى الجد الأب في الولاية على مالها ساواه في الولاية على نكاحها ، وبهذا فرق بينه وبين سائر العصبات .." (٢)

---

(١) الحاوى الكبير . الماوردى، ١١٧/٩

(٢) الحاوى الكبير . الماوردى، ١١٩/٩

"ﷺ نكاحه ، فقال : إنني عمها ووصي أبيها ، فقال رسول الله ﷺ : " إنها يتيمة وإنها لا تتزوج إلا بإذنها " فلم يجعل له تزويجها إلا بعد البلوغ . ومن القياس : أن كل من لم يملك قبض صداقها لم يملك عقد نكاحها كالعم مع الثيب طردا ، أو كالسيد مع أمته عكسا ، ولأنها ثبتت للأب في الصغيرة من غير توليه فوجب أن يختص بها من بين العصبات كولاية المال ، ولأن النكاح إذا لم ينعقد لأن ما كان فاسدا كالمنكوحة في العدة ، ولأن النكاح لا ينعقد بخيار التحكم والاقتراع قياسا على خيار الثيب . فأما الآية فتحمل على إنكاحها قبل اليتم أو على إنكاح الجد : لأن اليتم يكون بموت الأب ، وإن كان الجد باقيا ، وأما قياسهم على الأب ، فالفرق بينهما في الولاية ما قدمناه في **الإجبار** ، وأما جمعهم بين البكر والثيب فمردود بافتراقهما في قبض الصداق ، والله أعلم .." (١)

" فصل : وإذا كان لرجل ابن ابن وله بنت ابن آخر ، فأراد أن يزوج ابن ابنه بنت ابنه ، فإن كان أبواهما باقيين لم يكن له تزويجهما : لأنه لا ولاية للجد مع بقاء الأب في النكاح ، وإن كان أبواها الجزء التاسع (٢) ميتين ، فإن كان ابن ابنه بالغا فليس له إجباره على النكاح ، فإن كانت بنت ابنه ثيبا فليس له إجبارها على النكاح ، وإن كان ابن ابنه صغيرا أو بنت ابنه بكرا ، فله إجبار كل واحد منهما على الانفراد ، إن أراد تزويج أحدهما بالأخر ، ففي جوازه جبرا وجهان : أحدهما : لا يجوز تزويج أحدهما حتى يبلغ الابن ، فيكون هو القابل لنفسه : لأن النبي ﷺ قال : كل نكاح لم يحضره أربع فهو سفاح ولأن لا يتولى العقد من طرفيه كما لا يجوز لابن العم أن يزوج موليته : لأن لا يصير متوليا للعقد من طرفيه . وهذا قول أبي العباس بن القاص وطائفة . والوجه الثاني : يجوز للجد أن يفعل ذلك ويتولى العقد من طرفيه ، كما يجوز له فيما ينفق من مال على ابن ابنه إذا كان واليا عليه أن يتولى العقد من طرفيه ، وخالف ابن العم في تزويجه ابنة عمه إذا كان واليا عليها من وجهين : أحدهما : أن ولاية الجد توجب **الإجبار** لقوتها." (٣)

"وولاية ابن العم تمنع من **الإجبار** لضعفها . والثاني : أن الجد في الطرفين عاقد لغيره وابن العم أحد الطرفين عاقد لنفسه . وهذا قول أبي بكر بن الحداد المصري وطائفة ، فعلى هذا لا بد للجد من أن يتلفظ في عقد نكاحها بالإيجاب فيقول : قد زوجت ابن ابني ببنت ابني ، وهل يحتاج فيه القبول أم لا ؟ على

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٢١/٩

(٢) ٧٠

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٦٤/٩

وجهين : أحدهما : لا بد من أن يتلفظ فيه القبول ، فيقول : وقبلت نكاحها له . وهذا قول أبي بكر بن الحداد ، ولأنه يتولى ذلك بولايتين ، فقام فيه مقام وليين ، فلم يكن بد فيه من لفظتين : أحدهما : إيجاب ، والآخر : قبول . والوجه الثاني : لا يحتاج أن يتلفظ فيه بالقبول ، هذا قول أبي بكر القفال : لأن الجد يقوم مقام وليين ، فقام لفظه مقام لفظين . مستوى مسألة لو كان المولى عليه يحتاج إلى النكاح زوجه وليه." (١)

"أعظم من حال خياره ، فلما لزمه في حال الاختيار ضمان النفقة ، الجزء التاسع (٢) فأولى أن يلزمه في حال الإجبار ضمان النفقة ، فأما إذا قهره على نفسه ليلا وأرسله نهارا ، فقد تعدى كتعديه ، ولو قهره نهارا غير أنه يضمن زمان نهاره ولا يضمن زمان ليله . والفرق بينهما : أن زمان ليله مستحق الاستمتاع الذي لا يقابله عوض فلم يضمن ، وزمان نهاره مستحق للكسب الذي يقابله عوض ضمن .." (٣)

"بتزويجها من الأب ، ولأن الولي إنما يراد لحفظ المنكوحة من تزويج من لا يكافئها فيدخل العار على أهلها ، والابن رافع للعار عنها وعن نفسه من سائر الأولياء لكثرة أنفته وعظم حميته ، فكان أحق بنكاحها . ودليلنا : هو أن كل نسب لا يملك به أبو المنتسب الولاية لم يملك به المنتسب بالولاية كالأخ من الأم طردا أو كالأخ من الأب عكسا ، ولأن كل ذي نسب أدلى بمن لا يملك الإجبار على النكاح لم يكن وليا في النكاح كابن الأخت طردا ، وكابن الأخ عكسا ، ولأن من لم يجمعهما نسب لم يثبت بينهما ولاية النسب كالابن من الرضاع . فإن قيل : فالابن مناسب والمرتضع غير مناسب قيل الابن غير مناسب لأمه : لأن يرجع الجزء التاسع (٤) بنسبه إلى أبيه لا إليها ، ألا ترى أن ابن العربية من النبطي نبطي ، وابن النبطية من العربي عربي ، ولأن ولي الأختين المتناسبتين واحد وولاية الأخوين المتناسبين واحدة ، فلما لم يملك الابن تزويج خالته لم يملك تزويج أمه ، ولما لم يملك أخوه لأبيه تزويج أمه لم يملك هو تزويج أمه . ويتحرر من هذا الاعتلال : قياسان : أحدهما : أن من لم يملك تزويج امرأة لم يملك تزويج أختها." (٥)

---

(١) الحاوى الكبير . الماوردى، ١٦٥/٩

(٢) ٨٤

(٣) الحاوى الكبير . الماوردى، ٢٠٢/٩

(٤) ٩٥

(٥) الحاوى الكبير . الماوردى، ٢٣٢/٩

" مسألة : قال الشافعي : " ويجبرها على الغسل من الحيض والجنابة " . قال الماوردي : وأما إجبار الذمية على الغسل من الحيض ، فهو من حقوق الزوج : لأن الله تعالى حرم وطء الحائض حتى تغتسل بقوله تعالى : ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله [البقرة : ٢٢٢] وكان للزوج إذا منعه الحيض من وطئها أن يجبرها عليه ليصل إلى حقه منها . فإن قيل : الغسل عندكم لا يصح إلا منه ، ولا فرق عندكم بين من لم ينو ومن لم يغتسل ، ومع الكفر **والإجبار** لا تصح منها نية . قيل : في غسلها من الحيض حقان : أحدهما : لله تعالى ، لا يصح إلا بنية . الجزء التاسع [١] والآخر : للزوج ، يصح بغير نية ، فكان له إجبارها في حق نفسه ، لا في حق الله تعالى ، فلذلك أجزئ بغير نية ، ألا ترى أنه يجبر زوجته المجنونة على الغسل في حق نفسه ، وإن لم يكن عليها في حق الله تعالى غسل ، وغير ذات الزوج تغتسل في حق الله تعالى ، وإن لم يكن للزوج عليها حق ، وكذلك نجبر الذمية على الغسل من النفاس : لأنه يمنع من الوطء كالحائض ، فأما إجبار الذمية على الغسل من الجنابة ، ففيه قولان : أحدهما : لا يجبرها عليه بخلاف الحيض .: " [٢]

"لأنه قد يستبيح وطء الجنب ، ولا يستبيح وطء الحائض ، فافترقا في **الإجبار** . والقول الثاني : أنه يجبرها عليه ، وإن جاز وطئها مع بقائه : لأن نفس المسلم قد تعاف وطء من لا تغتسل من جنابة ، فكان له إجبارها عليه : ليستكمل به الاستمتاع ، وإن كان الاستمتاع ممكنا ، فأما الوضوء من الحدث بالنسبة للكتابية فليس له إجبارها عليه قولا واحدا : لكثرته ، وأن النفوس لا تعافه ، وإنه ليس يصل إلى وطئها إلا بعد الحدث ، فلم يكن لإجبارها عليه تأثير .." [٣]

" مسألة : قال الشافعي : " وعلى السلطان إن لم يرضيا حكمين أن يأخذ لكل واحد منهما من صاحبه ما يلزم الحكمان بين الزوجين ، ويؤدب أيهما رأى أدبه ، إن امتنع بقدر ما يجب عليه ، (وقال) في كتاب الطلاق من أحكام القرآن : ولو قال قائل نجبرهما على الحكمين كان مذهبا ، (قال المزني) رحمه الله : هذا ظاهر الآية ، والقياس ما قال علي رضي الله عنه ؛ لأن الله تعالى جعل الطلاق للأزواج فلا يكون إلا لهم " . الجزء التاسع [٤] قال الماوردي : وصورتها أن يمتنع الزوجان من الرضا بالحكمين مع

---

(١) ٢٢٨

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٨٦/٩

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٨٧/٩

(٤) ٦٠٨

مقامهما على الشقاق . فإن قيل : إن التحكيم حكم ، لم يؤثر فيه امتناع الزوجين ، وأمضى الحاكم رأيه عن اختيار الحكمين . وإن قيل : إنه وكالة ، لم يصح مع امتناع الزوجين ، ولا يجوز إجبارهما عليه ؛ لأن الوكالة لا تصح مع الإجبار ، وكذلك لو امتنع أحدهما كان كامتناعهما ، وإذا لم يصح التحكيم على هذا القول إلا عن رضا الزوجين ، فعلى الحاكم أن ينظر بينهما ، ويستوفي الحق لمن وجب له على من وجب عليه ، غير أنه لا يوقع بينهما طلاقا ، ولا خلعا ؛ لأن الحاكم مندوب إلى استيفاء الحقوق وإنصاف المظلوم ، فإن علم من أحدهما عدوانا على صاحبه منعه منه ،." [1]

" [القول في إجبار المرأة على إرضاع ولدها] مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولا تجبر امرأة على رضاع ولدها شريفة كانت أو دنيئة ، موسرة كانت أو فقيرة ، وأحكام الله فيهما واحدة " . الجزء الحادي عشر [2] قال الماوردي : وهذا صحيح ، ليس للأب أن يجبر الأم على رضاع ولدها . وقال مالك : لا جبر لها إن كانت شريفة أو موسرة ، ويجبرها إن كانت دنية معسرة . وقال أبو ثور : له إجبارها في الأحوال كلها ؛ لقول الله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) [البقرة : ٢٣٣] وهذا أمر يقتضي الوجوب ، وما وجب صح فيه الإجبار ، ودليلنا قول الله تعالى : (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) [الطلاق : ٦] ذلك من ألفاظ التخيير فسقط الإجبار ؛ ولأن إجبارها على رضاعه لا يخلو أن يكون لحق الولد أو لحق نفسه ، فلو كان لحق الولد لأجبرها عليه بعد الفرقة وليس له ذلك فبطل أن يكون لحق الولد ، ولو كان لحق نفسه لأجبرها على رضاع غيره ولكان له إجبارها على خدمته وليس ذلك فبطل أن يكون لحق نفسه ، وإذا بطلا سقط الوجوب وزال الإجبار ، وما استدلوا به محمول على الأخبار بخروجه مخرج الخبر دون الأمر .." [3]

" [القول في طلب المرأة إرضاع ولدها] مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " وإذا طلبت إرضاع ولدها وقد فارقها زوجها فهي أحق بما وجد الأب أن يرضع به فإن وجد بغير شيء فليس للأم أجرة والقول قول الأب مع يمينه (قال) في موضع آخر : إن أرضعت أعطاها أجر مثلها (قال المزني) رحمه الله : هذا أحب إلي ؛ لقول الله جل ثناؤه (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) [الطلاق : ٦] . قال الماوردي : قد ذكرنا أن الأم لا يجبرها الأب على رضاع ولدها مع بقاء الزوجية فكان أولى أن لا يجبرها على رضاعه

---

(١) الحاوى الكبير . الماوردى، ٩/١٤٣٤

(٢) ٤٩٥

(٣) الحاوى الكبير . الماوردى، ١١/١١٢٥

بعد الفرقة ؛ لأنه لما ضعف عن الإجبار مع استحقاقه لمنافعها كان أولى أن يضعف عنه مع سقوط حقه منها ، وإن طلبت رضاعه لم يخل حالها من ثلاثة أقسام : أحدها : أن تطلبه متطوعة بغير أجرة فهي أحق برضاعه ، وليس للأب انتزاعه منها لقول الله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) [البقرة : ٢٣٣] ولقول النبي ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ : " لا توله والدة عن ولدها " ولأنها أحن عليه وأشفق ؛ ولأن لبنها أدر عليه وأوفر ؛ ولأنه يستمرئه أكثر من استمراء غيره . والقسم الثاني : أن تطلب رضاعه بأكثر من أجرة المثل ،." [١]

" مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ويمنعه الإمام أن يجعل على أمته خراجا إلا أن يكون في عمل واجب وكذلك العبد إذا لم يطق الكسب ؛ قال عثمان بن عفان رضي الله عنه في خطبته : " لا تكلفوا الصغير الكسب فيسرق ولا الأمة غير ذات الصنعة فتكسب بفرجها " . قال الماوردي : وضع الخراج على العبد والأمة هو أن يخلف السيد بين عبده وكسبه على أن يدفع إلى سيده كل يوم قدرا معلوما ، ويكون له فاضل كسبه بنفقة على نفسه ويصنع به ما شاء ، ولا اعتراض للسيد عليه ؛ فهذا جائز ، وقد سأل رسول الله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ الجزء الحادي عشر [٢] موالي أبي طيبة حين حجمه وقد ضربوا عليه خراجا أن يخففوا عنه خراجه ؛ دل على جوازه وهو من العقود الجائزة دون اللازمة ، وجوازه معتبر بشرطين : أحدهما : أن يتراضيا به لأنه عقد معاوضة لا يصح من الإجبار . والثاني : أن يكون العبد مكتسبا لقدر خراجه فما زاد ، فإن قصر كسبه عن خراجه لم يصح ؛ لقول عثمان رضي الله عنه في خطبته : " لا تكلف الصغير الكسب فيسرق ولا الأمة غير ذات الصنعة فتكتسب بفرجها " ، ويستوفي منه السيد خراجه . فإن عجز عنه جاز أن ينظر به وجاز له وللعبد أن يفسخ." [٣]

" فصل : وإذا اصطدم رجلان بإناءين فيهما طعام فانكسر الإناءان واختلط الطعامان ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف قيمة إنائه ، وكان نصفه الباقي هدرا ، وأما الطعامان فضربان : أحدهما : أن يمكن تمييز أحدهما عن الآخر بعد اختلاطه كالسويق والسكر الصحيح ، فيميز كل واحد منهما طعامه من طعام صاحبه ، فإن احتاج تمييزهما إلى أجرة صانع كانت بينهما ، فإن كان لتمييزهما بعد اختلاطهما نقصان في قيمتهما رجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف أرش نقصان طعامه . والضرب الثاني : أن لا يمكن

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١١/١١٢٨

(٢) ٥٣١

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١١/١٢١٦

تمييزهما بعد اختلاطهما كالسويق والعسل ، فيقوم كل واحد من الطعامين على انفراده ، ثم يقومان بعد الاختلاط ، فإن لم يكن فيهما نقصان فلا غرم وصارا شريكين فيه بتقدير الثمنين ، كأن قيمة السويق خمسة دراهم وقيمة العسل عشرة دراهم فيكون صاحب السويق شريكا فيه بالثلث ، وصاحب العسل شريكا فيه بالثلثين ، فإن باعاه اقتسما ثمنه على قدر شركتهما ، وإن أرادا قسمه بينهما جبرا لم يجز ، لأن كل واحد منهما معاوض عن سويق بعسل ، وذلك بيع لا يدخله **الإجبار** وإن أرادا قسمة عن تراض ففي جوازه قولان : أحدهما : يجوز إذا قيل : إن القسمة بيع بدخول." (١)

" فصل : وإن نكل المدعى عليهم عن الأيمان في القسامة أغرموا الدية ولم يحبسوا . وقال أبو حنيفة : يحبسون حتى يحلفوا ، ثم يغرمون استدلالا بأن الأيمان في القسامة هي نفس الحق ، فوجب أن يحبسوا عليه كما يحبسون على سائر الحقوق ، وهذا خطأ من وجهين : أحدهما : أن الأيمان في الشرع موضوعة للتغليظ والزجر ، حتى لا يقدم على كذب في دعوى ولا إنكار ، فإذا امتنع منها فقد انزجر بها ، فلم يجز أن يحبس عليها ليكره على أيمان ، ربما اعتقد كذبه فيها ، فيصير محمولا على الكذب والحنث . الجزء الثالث عشر (٢) والثاني : أن نكوله في غير القسامة لما لم يوجب حبسه لنفي **الإجبار** عن الأيمان ، فنكوله في القسامة أولى : لأن الأيمان فيها أكثر والتغليظ فيها أشد . وقوله : " إن الأيمان هي نفس الحق " ، فليس صحيحا : لأن الأيمان لقطع الخصومة وإسقاط الدعاوى ، ولو كانت نفس الحق لما جاز أن يقبل منهم الدية إذا اعترفوا ، وحكمهم في الاعتراف أغلظ من الجحود .." (٣)

"في شروط القضاء وكان فيهم طالب للولاية وفيهم ممسك عنها فالأولى بالإمام أن يقلد الممسك دون الطالب . لأنه أرغب في السلامة . فإن امتنع لعذر لم يجبر عليه . وإن امتنع لغير عذر ففي جواز إجباره عليه وجهان : أحدهما : لا يجبر عليه : لأنها نيابة لا يدخلها **الإجبار** كالوكالة . والوجه الثاني : يجبر عليه : لأنه مأمور بطاعة إن ترك فيها على امتناعه جاز أن يكون حال غيره مثل حاله فيفضي الأمر إلى تعطيل القضاء . وخالف حال الوكالة التي لا تتعلق بطاعة . فإن عدل الإمام عن الممسك إلى الطالب جاز وصح تقليده بعد أن اعتبر حال الطالب في طلبه . وله فيه خمسة أحوال ، مستحب ومحظور ومباح ومكروه ومختلف فيه . فأما الحال الأولى : وهو الطلب المستحب طلب القضاء فهو أن تكون الحقوق

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٧٤٢/١٢

(٢) ٢٦

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٥/١٣

مضاعة بجور أو عجز والأحكام فاسدة بجهل أو هوى ؛ فيقصد بطلبه حفظ الحقوق وحراسة الأحكام فهذا الجزء السادس عشر [1] الطلب مستحب وهو به مأجور ، لأنه يقصد أمرا بمعروف ونهيا عن منكر . والحال الثانية : وهو الطلب المحظور طلب القضاء : أن يقصد بطلبه انتقاما من أعداء أو تكسبا بارتشاء ، فهذا الطلب محظور يأثم به لأنه قصد به ما يأثم بفعله . وأما الحال." [2]

" [أنواع الأموال المشتركة] . مسألة : قال الشافعي : " وإذا تداعوا إلى القسم وأبى شركاؤهم فإن كان ينتفع واحد منهم بما يصير له مقسوما أجبرتهم على القسم فإن لم ينتفع الباقون بما يصير إليهم فأقول لمن كره إن شئتم جمعتم حقكم فكانت مشاعة بينكم لينتفعوا بها " . قال الماوردي : اعلم أن الأموال المشتركة على ثلاثة أقسام : أحدها : ما تدخله قسمة الإجبار ، وهو من الدور والأرضين ما تتساوى قيم كل موضع منه ، وفي معناه ما تتساوى أجزاؤه من الحبوب والأدهان ، فهذا يقسم بين الشركاء إجبارا إذا امتنع بعضهم واختيارا إذا رضي جميعهم . والقسم الثاني : ما تدخله قسمة الاختيار ولا تدخله قسمة الإجبار ، وهو ما تختلف قيم كل موضع منه من الدور والأرضين وكالحمام والسفينة والسيف والثوب لنقصانهما بالقسمة ، فهذا يقسم بين الشركاء اختيارا إذا رضي جميعهم ، ولا يقسم بينهم إجبارا إذا امتنع بعضهم . والقسم الثالث : ما لا تدخله قسمة الإجبار ولا تدخله قسمة الاختيار ، وهو كل ما يتلف بالقسمة ، كالجوهرة واللؤلؤة والعبد والدابة ، فهذا يمنع الشركاء فيه من قسمه ، وإن رضوا بها : لأنه إتلاف ملك في غير نفع فكان سفها." [3]

" فصل : [امتناع بعض الشركاء من القسمة في ما تدخله قسمة الإجبار] . فأما ما تدخله قسمة الإجبار في الدور والأرضين إذا دعا بعض الشركاء إلى القسمة وامتنع بعضهم منها فهو على ثلاثة أقسام : أحدها : أن لا يستضر بالقسمة واحد منهم ، وينتفع بما حازه مقسوما ، كانتفاعه به الجزء السادس عشر [4] مشتركا ، فيجاب طالب القسمة إليها ، ويجبر الممتنع عليها لأمرين القسمه : أحدهما : ليتصرف على اختباره . والثاني : ليأمن اختلاط الأيدي وسواء المشاركة . والقسم الثاني : أن يستضر كل واحد منهم بالقسمة ، وكثرة السهام ، وذهاب منافعها بافتراق الجزاء وحصول منافعها باجتماعها ، فتصير كقسمة ما لا

---

(١) ١١

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٦/١٧

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٦/٤٩٥

(٤) ٢٥١

يدخله الإجبار من البئر والحمام والرحى والسيف ، فلا تقسم بينهما جبرا لدخول الضرر على جميعهم . ويكون القول في القسمة قول الممتنع منها وهو مذهب جمهور الفقهاء . وقال مالك : القول فيها قول طالب القسمة ، ويجبر الممتنع عليها مع دخول الضرار على الطالب والمطلوب ؛ لينفرد بملكه ويده ودليلنا : ما روي عن النبي ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ أنه قال : " لا ضرر ولا ضرار ومن ضار أضر الله ومن شاق شق الله عليه " وروي عنه عليه السلام أنه " نهى عن." [١]

"قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال " ولأن ما عم الضرر بقسمه سقط عنه الإجبار على القسمة كالجوهرة . والقسم الثالث : أن يستضر بالقسمة بعض الشركاء دون بعض . فقد اختلف الفقهاء في حكم الإجبار عليها على مذاهب . فقال مالك : يجبر عليها من امتنع منها . وقال أبو ثور : لا يجبر . وقال ابن أبي ليلى : يباع ويقسم الثمن بينهما . وعلى مذهب الشافعي وأبي حنيفة إن كان طالب القسمة منتفعا أجبر عليها الممتنع وإن استضر ؛ لما قدمناه من العلتين : إحداها : كمال تصرفه على اختياره والثاني : انفراد يده من سوء المشاركة . فأما إن كان طالب القسمة هو المستضر بها ، والمطلوب هو المنتفع بها فقد اختلف أصحابنا في إجابة الطالب إليها ، وإجبار المطلوب عليها القسمه ، على وجهين : أحدهما : يجبر على القسمة لانتفاء الضرر عن المطلوب . والوجه الثاني : لا يجبر عليها لدخول الضرر على طالبها . واختلف أصحابنا فيما يعتبر به دخول على وجهين الضرر فى القسمه : الجزء السادس عشر [٢] أحدهما : وهو قول أبي حنيفة والظاهر من مذهب الشافعي : أنه نقصان المنفعة ولا اعتبار بنقصان القيمة . والوجه الثاني : أنه يعتبر بكل واحد من نقصان المنفعة ، أو نقصان." [٣]

" [قسمة ما اختلفت أجزاؤه من الأرض وقسمة التعديل والرد] . مسألة : قال الشافعي : " فإذا كان في القسم رد لم يجز حتى يعلم كل واحد منهم موضع سهمه وما يلزمه ويسقط عنه وإذا علمه كما يعلم البيوع التي تجوز أجزأته لا بالقرعة " . قال الماوردي : اعلم أن الأرض المشتركة وقسمة التعديل ضربان : أحدهما : أن تكون متساوية الأجزاء ، وهي التي تدخلها قسمة الإجبار ، وقد مضى حكمها ، وذكرنا كيف تقسم . والضرب الثاني : أن تكون مختلفة الأجزاء ، فيكون بعضها عامرا ، وبعضها خرابا ، أو بعضها قويا ، وبعضها ضعيفا ، أو يكون في بعضها شجر وبناء ، وليس في الباقي شجر ولا بناء أو يكون في

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٦/٤٩٧

(٢) ٢٥٢

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٦/٤٩٨

بعضها شجر بلا بناء وفي الباقي بناء بلا شجر أو يكون على بعضها مسيل ماء ، أو طريق " سابل " وليس على الباقي طريق ولا مسيل ، إلى ما جرى هذا المجرى من اختلاف أجزائها به . فهذا على ضربين : أحدهما : أن يمكن تساوي ا لشريكين بالقسمة في جيده ورديئه الارض المشتركه ، مثل أن يكون الجيد في مقدمها والرديء في مؤخرها ، وإذا قسمت بينهما نصفين صار إلى كل واحد منهما من الجيد والرديء مثل ما صار لصاحبه من الجيد والرديء ، فهذه تدخلها قسمة **الإجبار** ، وتصير في." [1]

"القسمة كالمتساوية الأجزاء . الجزء السادس عشر [2] والضرب الثاني : أن لا يمكن تساويهما في الجيد والرديء الارض المشتركه ؛ لأن العمارة في أحد النصفين دون الآخر ، أو لأن الشجر والبناء في أحد النصفين دون الآخر ، فقسمة مثل هذا قد تكون على أحد أربعة أضرب : أحدها : أن تقسم قسمة تعديل بالقيمة على زيادة الذرع : مثاله : أن تكون الأرض ثلاثين جريبا بين شريكين نصفين وتكون عشرة أجربة من جيدها بقيمة عشرين جريبا من رديئها ، فيقسم بينهما على فضل الذرع فيجعل أحد السهمين عشرة أجربة ، لفضل جودته ، والسهم الآخر عشرين جريبا ، لنقص رداءته . ففي دخول **الإجبار** في هذه القسمة قولان قسمة التعديل : أحدهما : أنه لا إجبار فيها لتعذر التساوي في الذرع وتكون موقوفة على التراضي . والقول الثاني : واختاره أبو حامد الإسفراييني : أنه تدخلها قسمة **الإجبار** لوجود التساوي في التعديل . فعلى هذا فيما يستحقه القاسم من أجرته وجهان : أحدهما : أنها على الشريكين نصفين ، لتساويهما في أصل الملك . والوجه الثاني : أن على صاحب العشرة الأجربة ثلثها ، وعلى صاحب العشرين ثلثيها لتفاضلهما في المأخوذ بالقسمة . والضرب الثاني : أن تقسم قسمة رد مع." [3]

"التساوي في الذرع ، مثاله : أن يكون الشجر والبناء في جانب من الأرض ، فيقسم الأرض بينهما نصفين بالسوية ، ويجعل الشجر والبناء قيمة ، فإن كانت قيمته ألف درهم ، وجب على من صار له جانب الشجر والبناء خمسمائة درهم يدفعها إلى صاحبه . فهذه القسمة ، قسمة مراضاة لا يدخلها **الإجبار** : لأن دخل الرد بالعوض يجعلها بيعا محضا ، وليس في البيع إجبار . ولهما في هذه القسمة أربعة أحوال قسمة التراضي : أحدها : أن يتراضيا بهذه القسمة ويتفقا على من يأخذ الأعلى ويرد ، ومن يأخذ الأدنى ويسترد ، فقد تمت القسمة بينهما بالمراضاة بعد تلفظهما بالتراضي : لأن البيع لا يصح إلا باللفظ ويكون تلفظهما

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٠٦/١٦

(٢) ٢٥٦

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٠٧/١٦

بالرضى جاريا مجرى البدل والقبول ، ولهما خيار المجلس ما لم يفترقا وإن شرطا في حال الرضا خيار ثلاث كان لهما . وقال مالك : إن كان الرد فيها قليلا صحت ، وإن كان كثيرا بطلت . الجزء السادس عشر [١] وهي عندنا مع قليل الرد وكثيره جائزة : لأنها معتبرة بالتراضي وجارية مجرى البيع . والحال الثانية : أن يتنازعا في طلب الأعلى ويتزايدان أو يتنازعا في طلب الأدنى ويتناقصان ، ثم يستقر الأمر بينهما بعد الزيادة والنقصان على من يأخذ." [٢]

"الشركة . فإن تنازعا في هذا ، ولم يتفقا عليه ، لم يقع فيه إجبار وإن تراضيا به واتفقا عليه ، دخل في الأرض قسمة الإجبار ما كانا مقيمين على هذا الاتفاق ، وقسمت بينهما جبرا بالقرعة . وإن رجع أحدهما عن الاتفاق زالت قسمة الإجبار وكانت موقوفة على التراضي . الضرب الرابع : أن يقسم بياض الأرض بينهما بالسوية ويكون ما فيه الشجر والبناء بينهما على الشركة . ففي حكم هذه الأرض إذا تميز بناؤها وشجرها عن بياضها وجهان : الجزء السادس عشر [٣] أحدهما : أن حكمها حكم أرض واحدة لاتصالها ، فعلى هذا لا تدخلها قسمة الإجبار في بياضها ؛ لأنه لا يدخلها في شجرها ونباتها . والوجه الثاني : أن حكم شجرها وبنائها متميز عن حكم بياضها ، فصارتا باختلاف الصفتين كالأرضين المفترقتين ، فتدخلها قسمة الإجبار في البياض ، كما لو انفرد ولا تدخلها قسمة الإجبار في الشجرة والبناء كما لو انفرد .." [٤]

" فصل : وإذا كانت الأرض مما تصح فيها قسمة التعديل وقسمة الرد ، فدعا أحد الشريكين إلى قسمة التعديل ودعا الآخر إلى قسمة الرد في قسمة التعديل والرد ، فإن قلنا إن قسمة التعديل يدخلها الإجبار كان القول قول من دعا إليها ، وإن قلنا : إنه لا يدخلها الإجبار لم يترجح قول واحد منهما ووقفت على مراضاتهما بإحداهما من قسمة التعديل أو قسمة الرد . وهكذا قسمة الدار المشتركة تكون على ما ذكرناه من الضروب الأربعة . فإذا قسمت على إجبار أو تراض وكان لكل واحد من السهمين طريق مفرد يختص به انقسمت القيمة عليه . وإن لم يكن لواحد منهما طريق إلا أن يحاز من الملك ما يكون طريقا لهما وجب أن يخرج من الملك قبل القسمة ما يكون طريقا لهما مشتركا بينهما ثم يقسم بعده ما عداه .

---

(١) ٢٥٧

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٠٨/١٦

(٣) ٢٥٨

(٤) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥١٠/١٦

وقد روى قتادة ، عن بشير بن كعب ، عن أبي هريرة ، قال : " قضى رسول الله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ إذا تنازع الناس في طرقهم جعلت سبعة أذرع " . وهذا يجوز أن يكون محمولا على عرف المدينة فإن البلاد تختلف طرقها بحسب اختلافها فيما يدخل إليها ويخرج منها فقد يكفي في بعض البلاد ما هو أقل من هذا ، وقد لا يكفي في بعضها إلا ما هو أكثر من هذا . وهذا في." [١]

" قسمة الأرض المزروعة فصل : وإذا كان بين الشريكين أرض مزروعة فطلب أحدهما القسمة قسمة الأرض المزروعة ، فله ثلاث أحوال : إحداها : أن يطلب قسمة الأرض ليكون فيها الزرع باقيا على الشركة ، فيصح **الإجبار** في هذه القسمة على الأرض وحدها ولا يمنع منها ما في الأرض من الزرع ، الجزء السادس عشر [٢] بخلاف البناء والشجر : لأن الزرع مستودع فيها إلى مدة تكامله ، والبناء والشجر مستدام . والحال الثانية : أن يطلب قسمة الزرع وحده فلا إجبار فيه ؛ لأن الزرع لا يمكن تعديله بينهما ، سواء كان ظاهرا أو باطنا . فإن تراضيا وكان الزرع مما لا يدخله الربا ؛ لأنه بقل أو قطن أو كتان ، جاز اقتسامهما به عن مراضاتهما . وإن كان مما فيه الربا كالبر والشعير جاز إن كان فيصلا ولم يجز إن كان بذرا أو سنبلا مشتدا لدخول الربا فيه لجواز التفاضل . والحال الثالثة : أن يطلب قسمة الأرض بما فيها من الزرع ، فينظر : فإن كان الزرع فصيلا صح فيها قسمة الاختيار على انفراده ، وتدخله قسمة **الإجبار** ، وكان الزرع تبعا للأرض ، كالبناء والشجر لا تدخله قسمة **الإجبار** على انفراده ، وتدخله قسمة **الإجبار** إن كان مع الأرض تبعا . وإن كان الزرع بذرا أو حبا." [٣]

"مشتدا يدخله الربا ، فإن قيل إن القسمة بيع ، لم يدخله **الإجبار** ولا قسمة التراضي خوف الربا ، وإن قيل القسمة إفراز حق وتمييز نصيب صح فيه قسمة **الإجبار** وقسمة التراضي : لأن الزرع تبع للأرض . مستوى إذا ادعى أحد المقسمين غلطا في القسمة." [٤]

"كانت الشركة في جنس واحد كيفية قسمتها وهو أنواع فهو ضربان : أحدهما : أن تختلف منافعها باختلاف أنواعها كالغنم التي بعضها ضأن وبعضها معزى ، فيكون اختلاف أنواعها كاختلاف أجناسها فيقسم كل نوع على انفراده كالأجناس المختلفة . والضرب الثاني : ما لا تختلف منافع أنواعه كالحنطة التي

---

(١) الحاوى الكبير . الماوردى، ٥١١/١٦

(٢) ٢٦٠

(٣) الحاوى الكبير . الماوردى، ٥١٥/١٦

(٤) الحاوى الكبير . الماوردى، ٥١٦/١٦

بعضها عراقية وبعضها شامية فهو ضربان : أحدهما : أن تختلف قيمة أنواعه ، فيصير كل نوع كالجنس بقسم على انفراده ، كالأجناس . والضرب الثاني : أن تتماثل قيمة أنواعه ، ولا تتفاضل ففيه وجهان : أحدهما : أنه يغلب حكم الجنس لتماثله ، فيجوز أن يقع **الإجبار** في إفراد كل واحد بنوع . والوجه الثاني : أنه يغلب حكم النوع لامتيازه ، فيقسم كل نوع على انفراده وهذا أشبه .." (١)

" فصل : وأما غير المنقول فضربان القسمة : عقار وضياع . فأما العقار المسكون القسمة فينقسم ثلاثة أقسام : أحدها : ما لا تدخله قسمة **الإجبار** إذا تميز وهو أن يكون بين شريكين داران ، فيدعو أحدهما إلى أن يجعل كل دار لأحدهما فلا إجبار في هذه القسمة سواء تماثلت أثمانها أو تفاضلت ، اتصلت وتباعدت ، **والإجبار** أن تقسم كل دار بينهما . فإن تراضى الشريكان على أن تكون إحدى الدارين لأحدهما والأخرى للآخر . جاز وكانت هذه القسمة مناقلة تقف على الاختيار دون **الإجبار** وهي كالبيع المحض . والقسم الثاني : ما تدخله قسمة **الإجبار** مع تمييزه ، وهو أن تكون قرية ذات مساكن ، بين شريكين " . فيدعو أحدهما إلى أن يقسم جميع القرية ، ويدعو الآخر إلى أن يقسم كل مسكن منها ، فقسمة **الإجبار** واقعة على جميع القرية ، فيقسم لكل واحد منها الجزء السادس عشر (٢) نصفها ، بما اشتمل عليه من مساكنه : لأن القريۃ حاوية لمساكنها كالدار الجامعة لبيوتها ، ولا يجوز أن يقع **الإجبار** في قسمة الدار على بيت منها ، كذلك القرية . والقسم الثالث : ما اختلف فيه وهو أن تكون بينهما عضائد متصلة ، أو دكاكين متضايقة ولكل واحد منها طريق القسمة ففي قسمة كل." (٣)

"عضادة وكل دكان تضييق ففيه وجهان : أحدهما : أن تكون كالدور المختلفة فلا تقع قسمة **الإجبار** فيها إلا في كل عضادة وكل دكان ، لانفراد كل واحد بطريقه وسكناه . والوجه الثاني : أنها تكون كالقرية ، تقع قسمة **الإجبار** في جميعها نصفين ، ولا يفرد كل واحد منهما بالقسمة إلا عن مراضاة واختيار ، وتصير كالدار ذات البيوت .." (٤)

" فصل : وأما الضياع المزروعة والمغروسة قسمة فتنقسم ثلاثة أقسام : أحدها : أن يتصل بعضها ببعض ، وتتماثل في الثمن والمنفعة والمؤنة ، فيضم بعضها إلى بعض ، وتقع قسمة **الإجبار** على جميعها

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٢٤/١٦

(٢) ٢٦٥

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٢٥/١٦

(٤) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٢٦/١٦

كالضيعة الواحدة ، كضياع القرية التي يتصل بعضها ببعض ولا يتميز شيء منها ، وإن اختلفت أسماؤها . والقسم الثاني : أن يفترق بعضها عن بعض ولا يتصل ، فقسمة الإجبار واقعة على كل ضيعة منها ، ولا يضم بعضها إلى بعض : لأن لكل ضيعة إذا انفردت حكمها . والقسم الثالث : تتصل الضياع وتختلف إما في منفعة ، فيكون بعضها شجرا وبعضها مزدرعا أو يكون بعضها كرما وبعضها نخلا ، أو تختلف في مؤنة فيكون بعضها يشرب سيحا من نهر أو عين وبعضها يشرب بنضح أو غرب أو تختلف في الثمن لنفاسة بعضها على بعض . فقد اختلف الفقهاء في قسمة الإجبار فيها على ثلاثة مذاهب : مذهب الشافعي منها إن قسمة الإجبار واقعة على كل ضيعة منها ، ولا يضم بعضها إلى بعض في القسمة . وقال مالك : إذا اتصلت جمعت في قسمة الإجبار مع اختلافها . وقال أبو يوسف ومحمد : إن تجانست جمعت ، وإن اختلفت لم تجمع . وهذا فاسد من وجهين : أحدهما : أن أثمانها متباينة .." [1]

" مسألة : قال الشافعي : " وتقسم الأرضون والثياب والطعام وكل ما احتمل القسم " . الجزء السادس عشر [2] قال الماوردي : اعلم أن المقصود بالقسمة شيئان : أحدهما : أن يمتنع بها من سواء المشاركة . والثاني : كمال التصرف الذي يمتنع باختلاف الأيدي ، فصار المقصود بها دفع الضرر ، فلم يجز أن يدخلها إجبار بدخول الضرر ، وقد جاء في بعض الأخبار أن النبي ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ نهى عن قسمة الضرار وليس بثابت عند أهل الحديث . وقد ذكرنا أن الأموال المشتركة القسمة تنقسم ثلاثة أقسام ؛ قسم تدخله قسمة الإجبار ، وقسم تدخله قسمة الاختيار ، وقسم ينتفي عنه القسم جبرا أو اختيارا . فمما يدخله القسم الضياع والعقار ، فما لم يكن فيه تعديل ولا رد دخله قسمة الإجبار ، ولا يمنع ما فيه من البناء والشجر من قسمة جبرا إذا تماثل وتقارب ، فإن تحقيق المماثلة فيه متعذر فلم يمتنع أن يكون تبعا لما يتحقق تماثله من الأرض . وأما ما فيه رد ، فلا تدخله قسمة الإجبار ، ويكون موقوفا على قسمة الاختيار . وأما ما فيه تعديل ، ففي دخول قسمة الإجبار فيه قولان مضيا . فأما قسمة ما كان منه وقفا محرما ، فإن لم يختلط بملك لم تجز قسمته : لأن." [3]

" قسم الحيوان . فصل : وأما قسم الحيوان القسمه كالعبيد ، والمواشي ، فإن كان رأسا واحدا ، لم تدخله القسمة إجبارا ولا اختيارا . وإن كان عددا ، فإن تفاضلوا لم يقسموا إجبارا ، وقسموا اختيارا . وإن

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٦/٥٢٧

(٢) ٢٦٦

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٦/٥٢٩

تماثلوا ففي قسمها إجبارا وجهان : أحدهما : وهو الظاهر من مذهب الشافعي ، وبه قال أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزي ، يقسم إجبارا لتماثلها . الجزء السادس عشر [(١)] والوجه الثاني : وهو قول أبي علي بن خيران أنها لا تقسم إجبارا وتقسم اختيارا لأنها مضمونة بالقيمة دون المثل . وأصل ذلك ، حديث عمران بن الحصين : أن رجلا أعتق ستة مملوكين ، لا مال له غيرهم ، فجزأهم رسول الله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة ، فجعله أبو العباس بن سريج دليلا على قسمة **الإجبار** ، وحمله ابن خيران على جوازه في العتق لاختصاصه بالحرية . وقد أجاز الشافعي قسمة الكلاب مع الغنم كما أجاز الوصية بها . فمن أصحابنا من أجاز قسمها إجبارا وجها واحدا للنص عليه وأنها لخروجها عن القيمة تجري مجرى ذوات الأمثال . ومنهم من خرج إجازة قسمها على الوجهين وجعل هذا النص دليلا على أنه أصحهما . وعلى قياس الحيوان يكون قسم." [(٢)]

"الآلات من الخشب ، كالأواني ، والأبواب ، والأساطين القسمه ، وإن اختلفت وتفاضلت قسمت اختيارا ولم تقسم إجبارا ، وإن تماثلت ففي قسمها إجبارا وجهان كما ذكرنا في الحيوان . وعلى هذا يكون قسم الثياب إن اختلفت وتفاضلت قسمت اختيارا ولم تقسم إجبارا ، وإن تماثلت ففي قسمها إجبارا وجهان . فأما قسم الثوب الواحد فإن اختلف لاختلاف نقوشه وألوانه قسم اختيارا ولم يقسم إجبارا . وإن تماثل ولم يختلف ، نظر ، فإن نقصت قيمته بقسمه لم يقسم إجبارا ، وقسم اختيارا وإن لم تنقص قيمته ، ففي قسمه إجبارا وجهان . فإن قيل : فهل تكون قسمة **الإجبار** في الحمامين المتماثلين بين الشريكين على قياس ما ذكرتموه في قسمة الحيوان والثياب ؟ قيل : قد كان بعض أصحابنا يخرج إجبار قسمها بين الشريكين على وجهين ، كالحيوان ، والثياب ، ويفرق بين قسم الدارين ، حيث لم يقع في إفرادها إجبار ، ووقع في قسم الحمامين إجبار ، إن كل واحدة من الدارين يمكن أن تقسم إجبارا ، فلم يقع في إفرادهما إجبار ، والحمام الواحد لا يقع في قسمه إجبار ، فجاز أن يقع في إفرادهما بالقسمة إذا اجتمعا إجبار . وقال أبو العباس بن سريج : لا يقع في قسم الحمامين." [(٣)]

" قسم الطعام وغيره فصل : وأما قسم الطعام : فكل مطعوم طعام ، وفي المطعوم ربا ، وهو على ضربين : أحدهما : أن يكون مما يجوز بيع بعضه ببعض ، كالحنطة والشعير فيجوز قسمه إجبارا واختيارا

---

(١) ٢٦٧

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٣١/١٦

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٣٢/١٦

. فإن قيل : إن القسمة إفراز حق جاز قسمه كيلا أو وزنا ، وجاز أن يفترقا فيه قبل التقابض . وإن قيل : إن القسمة بيع ، وجب قسمه كيلا ، ولم يجز قسمه وزنا : لأن أصله الكيل ، ووجب إن تقابضا قبل الافتراق . وتدخل القرعة في قسمه إجبارا ، ولا تدخل في قسمه اختيارا . وإن كان مما لا يجوز بيع بعضه ببعض ، كرطب ، والعنب ، والفواكه الرطبة ، فإن قيل : إن القسمة إفراز حق ؛ جاز قسمه إجبارا واختيارا بكيل أو وزن . وفي جواز قسمه بالخرص في نخله وشجره ، قولان : أحدهما : جوازه . والثاني : بطلانه . وأصح من إطلاق هذين القولين أن يمنع منه بالخرص في قسمة **الإجبار** ، لأن المقصود بها التحقيق المعدوم في الخرص ، ويجاز بالخرص في قسمة الاختيار لأنها محمولة على التراضي ، هذا إذا قيل إن القسمة إفراز حق . فأما إن قيل إن القسمة بيع ، لم تجز قسمة الثمار الرطبة كما لم يجز بيعها ، فلا يدخلها قسم **الإجبار** ولا قسم الاختيار . وأما قسم الدراهم." (١)

" فصل : تحكيم الخصمين شخصا من الرعية دون القاضي وإذا حكم خصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جاز . لأن عمر بن الخطاب وأبي بن كعب تحاكما إلى زيد بن ثابت . ولأنه لما حكم علي بن أبي طالب في الإمامة ، كان التحكيم فيما عداها أولى . وهكذا حكم أهل الشورى فيها عبد الرحمن بن عوف . نفوذ حكم المحكم معتبر بأربعة شروط . وإذا جاز التحكيم في الأحكام فنفاذ حكمه معتبر بأربعة شروط : أحدها : أن يكون المحكم من أهل الاجتهاد ، ويجوز أن يكون قاضيا ؛ لأنه قد صار بالتحكيم حاكما ، فإن لم يكن من أهل الاجتهاد بطل تحكيمه ، ولم ينفذ حكمه . والشرط الثاني : أن يتفق الخصمان على التراضي به إلى حين الحكم ، فإن رضي به أحدهما دون الآخر أو رضيا به ثم رجعا أو رضي أحدهما بطل تحكيمه ولم ينفذ حكمه ، سواء حكم للراضي أو للراجع . والشرط الثالث : أن يكون التحاكم في أحكام مخصوصة . والأحكام تنقسم في التحكيم ثلاثة أقسام : قسم يجوز فيه التحكيم : وهو حقوق الأموال ، وعقود المعاوضات ، وما يصح فيه العفو والإبراء . وقسم لا يجوز فيه التحكيم ، وهو ما اختص القضاة **بالإجبار** عليه من حقوق الله تعالى." (٢)

" فصل : وإذا دعي المتحمل للشهادة ، إلى أدائها عند الحاكم وهو ممن يصح منه الأداء ، فامتنع وقال : إني أخاف أن لا يقبل الحاكم شهادتي ، لم يكن ذلك عذرا في امتناعه ، ولزمه الأداء وللحاكم

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٣٤/١٦

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦٤٨/١٦

اجتهاده في القبول أو الرد . ولو امتنع عن الأداء وقال : ليس الحاكم عندي مستحقا للحكم ، إما لفسق أو جهل ، لزمه الأداء ، وليس للشاهد اجتهاد في صحة التقليد وفساده . وقال أحمد بن حنبل : لا يلزمه أداء الشهادة إذا اعتقد فساد تقليده بفسق أو جهل ، وإنما تلزمه الشهادة عند من يرتضي من الحكام ، كما يلزم الحاكم قبول شهادة من يرتضي من الشهود . الجزء السابع عشر [١] وحكي أن أحمد لزمته شهادة ، فدعي إلى أدائها عند بعض الحكام ، فامتنع . وقال : إن القاضي ليس برضى ، فقال الداعي : يتلف علي مالي . فقال أحمد : ما أتلفت عليك مالك ، الذي ولى هذا القاضي أتلف عليك مالك . وليس لهذا القول وجه : لأن المقصود بالشهادة وصول ذي الحق إلى حقه ، فلم يفترق في وصوله إليه حقه بين صحة التقليد وفساده . فإن دعي الشاهد إلى أداء شهادة عند أمير أو ذي يد ، فإن كان ممن يجوز له إلزام الحقوق والإجبار عليها ، لزم أداء الشهادة عنده ، وإن كان." [٢]

"تفرد به سعيد بن أبي عروبة عن قتادة فيما رواه العراقيون عنه ، وقد رواه أبو داود عن ابن أبي عيسى عن سعيد ولم يذكر السعاية . والثاني : أن سعيد بن أبي عروبة تفرد برواية السعاية من بين أصحاب قتادة ، وقد رواه من أصحاب قتادة من هو أضبط من سعيد وهو مسعر الحافظ وهشام الدستوائي ، ولم يذكرا فيه السعاية . والثالث : أنه قد رواه هشام ، عن قتادة ، عن النبي ، ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ ، أنه قال : من أعتق شركا له من عبد فعليه خلاصه في ماله وأن قتادة قال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه ، فذكر قتادة ذلك عن نفسه ، فوهم فيه سعيد بن أبي عروبة فضمه إلى روايته . قال أبو بكر النيسابوري : رواية همام أصح ؛ لأنه فصل مذهب قتادة عن روايته ، وسعيد أزوجها في الرواية . وأما استعمال الخبر في السعاية فمن وجهين : أحدهما : أنه يحمل على المراضاة ، دون الإجبار إذا طلبها العبد وأجاب إليه السيد ؛ لأنه قال : غير مشقوق عليه . والإجبار شاق ، ولأن الاستسعاء استفعال ، وهو في اللغة موضوع للطلب . كقولهم استسلف ، واستصعب ، واستقرض . والثاني : أنه يحمل على استسعائه في خدمة الشريك واكتسابه له بحق ملكه." [٣]

"الله عليه وسلم يقول : إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه . ويدل عليه من فعل الصحابة ما روي أن بريرة كوتبت على تسع أواق تؤدي في كل عام أوقية . وكاتب عبد الله بن عمر

---

(١) ٢١٥

(٢) الحاوى الكبير . الماوردى، ٤٣٢/١٧

(٣) الحاوى الكبير . الماوردى، ١٢/١٨

عبدا له على خمسة وثلاثين ألف درهم . وكاتب أنس بن مالك مولاه سيرين أبا محمد على مال ترك عليه منه خمسة آلاف درهم . قيل في أول نجومه . وقيل : في آخرها . وانعقد الإجماع على جوازها ، وإنما اختلفوا في وجوبها إذا طلبها العبد من سيده ، الكتابة فذهب عطاء بن أبي رباح ، وعمرو بن دينار ، وداود بن علي إلى وجوبها ، وأن يؤخذ بها السيد إذا طلبها العبد ، بقدر قيمته فما زاد استدلالا بقول الله تعالى : فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا ، (النور :) ، وهذا أمر يقتضي الوجوب . ثم قال : وآتوهم من مال الله الذي آتاكم (النور :) ، . والإيتاء واجب فكذلك الكتابة ؛ لأن صيغة الأمر فيهما واحدة . ولأن سيرين سأل أنس بن مالك أن يكاتبه فأبى عليه فعلاه عمر بالدرة وقال : أما سمعت الله تعالى يقول : فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا ، (النور :) ، فكاتبه ، ولأن العقود التي تفضي إلى صلاح النفوس قد يجوز أن يقع **الإجبار** فيها كالمضطر إلى طعام يجبر مالكه." [1]

"على بيعه لما فيه من صلاح النفس ، كذلك الكتابة المفضية إلى العتق يجوز أن يقع **الإجبار** عليها لما فيها من صلاح النفس . وذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك الجزء الثامن عشر [2] ومن تقدمهم من الفقهاء والتابعين إلى أنها ندب لا تجب استدلالا بأن عقد الكتابة يتردد بين أصلي حظر يجذبه كل واحد منهما إلى حكمه . أحدهما : أنه غرر ؛ لأنه عقد على موجود بمعدوم . والثاني : أنه معاوض على ملكه بملكه ، فصار الأمر بالكتابة واردا بعد حظرها ، فاقتضى أن يحمل على الإباحة دون الوجوب كقوله تعالى : فإذا تطهرن فأتوهن البقرة : ( ) ، وإذا حللتم فاصطادوا ، (المائدة :) وفي هذا دليل وانفصال . ولأن مطلق الأمر يقتضي عموم حكمه في الوجوب والندب ولا يتجزأ حكمه ، فيكون بعضه واجبا ، وبعضه ندبا ، فلما حمل على الندب فيما قل عن القيمة ، وجب أن يقرن محمولا عليه فيما زاد عليها . ولأن النبي ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ قال : لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ، فاقتضى هذا الظاهر ألا يجبر السيد على إزالة ملكه عن رقبة العبد إلا بطيب نفسه ، وكالتدبير الذي لا إجبار فيه ؛ لأنهما عتق صفة . فأما استدلالهم بوجوب الإيتاء فعنه جوابان :." [3]

"كسائر أكسابها . والقول الثاني : قاله في القديم : يجوز أن يزوجها بإذنها ، وليس له إجبارها ، لأن منعه من بيعها قد أوهن تصرفه فيها ، فمنع من **الإجبار** لضعف تصرفه فيها . والقول الثالث : لا يجوز

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٨/٣١٤

(٢) ١٤٢

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٨/٣١٥

أن يزوجها وإن أذنت ، لنقصان كل واحد منهما عن حال الكمال ، فعلى هذا هل يزوجها الحاكم أم لا ؟ على وجهين : أحدهما : وهو قول أبي سعيد الإصطخري : يجوز له تزويجها إذا رضيت ورضي الجزء الثامن عشر (١) سيدها ، ولا يجوز أن يزوجها إذا لم يجتمعا على الرضا ، لأن الحاكم يملك من عقود المناكح ما ضعف عنه الأولياء . والوجه الثاني : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : لا يجوز للحاكم تزويجها لأنه لما منع من تزويجها إذا لم يجتمعا على الرضا منع منه وإن اجتمعا عليه لضعف كل واحد منهما أن يكون لإذنه تأثير .." (٢)

" القسم الثالث من كتاب البيع في حكمه قبل القبض وبعده والنظر في القبض يتعلق بثمرته وحكمه ثم بصورته وكيفيته ثم بصفته في الوجوب **والإجبار** عليه

". (٣)

"المفصول به فهو أيضا ضياع فروع أربعة أحدها أن بيع الثوب دون الصبغ والصبغ دون الثوب فيه وجهان كالوجهين في قطعة أرض لا ممر لها إلا بأن يشترى لها ممر لأنه لا يمكن أنتفاع بأحدهما دون الآخر الثاني إذا أراد المالك بيع الثوب أجبر الغاصب على بيع الصبغ إذ لا يرغب في الثوب دونه فلا يعطل قيمة الثوب عليه ولو أراد الغاصب بيع الصبغ فهل يجبر المالك على بيع الثوب وجهان أحدهما نعم لأنهما شريكان فلا يفترقان والثاني لا لأنه متعد بصبغه فلا يملك **الإجبار** الثالث لو قال الغاصب وهبت الصبغ من المالك فهل يجبر على القبول فيه وجهان مطلقان في طريقة العراق ووجه **الإجبار** التبعية كما في نعل الدابة المردودة بعيب قديم إذا كان النعل للمشتري والوجه أن يفصل فإن كان الصبغ

". (٤)

"

أحدهما يجبر لأن الأجل حق من عليه الدين و قد أسقطه

---

(١) ٣٢١

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٨/٧٣٥

(٣) الوسيط، ٣/١٤٢

(٤) الوسيط، ٣/٤١١

والثاني لا لأن فيه منة

فإن قيل لو صرح من عليه الدين بإسقاط الأجل هل يسقط حتى تتوجه عليه المطالبة

قلنا فيه وجهان

أحدهما لا لأن الأجل وصف تابع كالصحة في الدراهم لا يسقط بمجردها مع بقاء الأصل

و الثاني نعم لأن الدين عليه و الأجل هو له فرعان

أحدهما لو خاف المسلم إلية الانقطاع لدى المحل فهل يكون هذا عذرا في التعجيل فيه وجهان

الثاني لو سلم في غير مكان العقد و كان فيه مئونة فهذا عذر من جانب المستحق فلا يجبر

أما إذا أتى بالحق بعد حلوله فلا شك في **الإجبار** إن كان للمؤدي غرض

". (١)

"وإن لم يكن غرض فطريقان ولا أثر ها هنا لعذر المستحق

منهم من قال فيه قولان كما قبل المحل لأنه حقه فله التأخير إلى حيث يشاء ومنهم من قطع **بالإجبار** لغرض البراءة فليأخذ أم ليبرىء

أما مكان التسليم يتعين فيه مكان العقد إما بالتعيين أو بالإطلاق فلو ظفر به في غيره وكان في نقله مؤنة لم يطالب به وإن لم يكن مؤنة فله المطالبة وكذا في سائر الديون إلا في الغاصب فإن في مطالبته مع لزوم المؤنة وجهان تغليظا عليه من حيث منعناه من المطالبة بالمثل لما فيه من المؤونة فلا بد من القيمة لوقوع الحيلولة بعد ثبوت الاستحقاق وتوجه المطالبة هذا تمام القول في السلم

". (٢)

"فقضى أحدهما نصيبه ففي انفكاك نصيبه قولان ظاهران من حيث إن التعدد مقترن بالابتداء وهو بناء على أن أحدهما لو أقر هل يطالب بتمام الدين

فرع حيث يتميز الحكم بتعدد المالك فإذا قضى أحد الشريكين نصيبه واستقسم المرتهن فكان الشيء مكيلا أو موزونا

---

(١) الوسيط، ٣/٤٤٩

(٢) الوسيط، ٣/٤٥٠

قال الشافعي رضي الله عنه له ذلك وهو تفريع على أن القسمة إفراز حق لا بيع حتى يتصور في المرهون ثم يراجع القاضي الراهن فيه فإن أبى أجبره عليه

وفي مراجعة المرتهن وجهان من حيث إنه لا ملك له ولكن له حق فإن كانت القسمة قسمة تعديل كما لو رهن رجلان عبدين مشتركين ثم قضى أحدهما نصيبه وهما متساويا القيمة ففي الإجبار عليها قولان

فإن قلنا يجبر فالرجوع إلى المرتهن ها هنا أولى لأنه أقرب إلى حقيقة البيع من قسمة الجزية

". (١)

"

والثاني أنه لا يجعل به فاقدا بل تباع الأم والولد ويخصص بقيمة الأم

الثاني إذا قال البائع رجعت في الأشجار المبيعة قبل التأبير فرجع الثمار إلي وكذبه المفلس فالقول قوله إذ الأصل استمرار ملك المفلس فإن صدقه الغرماء لم يقبل قولهم على المفلس وللمفلس أن يأخذ الثمار ويجبرهم على القبول من جهة دينه

فإن أبوا وزعموا أنه حرام لم يمكنوا منه بل عليهم القبول أو الإبراء ثم إن قبلوا فللبائع الاسترداد منهم مؤاخذة لهم بقولهم وكذا السيد إذا حمل إليه العبد النجوم في الكتابة فقال هو مغصوب لأن قوله لا يقبل على المكاتب

فلو قالوا أخذنا حقوقنا فله الإجبار ليعجل فك الحجر عن نفسه فله فيه غرض

فإن قالوا فككنا الحجر وقلنا إنه ينفك بفكهم فينبني على أن مستحق الدين هل يجبر على القبول

ولو صدقه البعض وكذبه البعض فتصرف الثمرة إلى من صدق المفلس كيلا يؤدي إلى الضرر فإن هذا ممكن

فلو كان للمصدق ألف وقد أخذ الثمرة بخمسمائة وللمكذب أيضا ألف وقد بقي من المال خمسمائة فالصحيح أنه يقسم بينهما أثلاثا

وفيه وجه أن المصدق يقول ما أخذته فهو حرام بزعمك علي فألفي باق كماله بزعمك فأساويك وهو ضعيف

---

(١) الوسيط، ٣/٥١٩

الثالث إذا بقي الثمار للمشتري فليس للبائع منعه من الإبقاء إلى أوان الجذاذ فكذا لا يقلع زرعه فلو قال المفلس أقلعه لأقضي ديني بما يشتري به وأفك الحجر عن نفسي فله ذلك لأنه غرض صحيح وإن كان الحجر لا ينفك فهو ممنوع لأنه إضاعة مال من غير فائدة

". (١)

"

وقال صاحب التقريب لا قرعة بل يتعين لكل واحد جانبه أما في جميع العرض وبعض الطول **فالإجبار** عليه يبنى على المعنيين فإن الانتفاع يتعذر للاتصال ولكن القرعة لا تتعذر

أما الأساس فلا مانع من **الإجبار** على قسمته إلا أمر القرعة وفي مذهب صاحب التقريب ما يدفع عسره

أما العمارة فإذا استرم الجدار فهل لأحد الشريكين أن يجبر الآخر على العمارة في قولان

أحدهما وهو القديم بلى للمصلحة حذارا من تعطيل الأملاك

والجديد لا لأنه ربما يتضرر هو بصرف ماله إلى العمارة إذا كان لا يتفرغ له فالضرر متقابل فعلى هذا ليس له منع الشريك إلا من الاستبداد بالعمارة لأنه عناد محض

وكذا الخلاف في أن صاحب العلو هل له أن يجبر صاحب السفل على إعادته ليبني عليه علوه ولا خلاف في أن لصاحب العلو الاستبداد ببناء السفل وإن كان

". (٢)

"إذ يعسر ملازمة الولي حضرا وسفرا لكن لو رجع وكذب فالظاهر أنه يحال بينهما لزوال الضرورة

وصيغة الإقرار أن تقول زوجني الولي منه فلو أقرت بالزوجيه ولم تضف إلى الولي ففيه خلاف مبني على أن دعوى النكاح مطلقا من غير التقييد بالشرط هل تسمع

فأما إقرار الولي المجبر فنافذ إن أقر في حالة القدرة على **الإجبار** وأما أبو حنيفة رحمه الله فقد قضى بأنها تزوج نفسها

---

(١) الوسيط، ٢٩/٤

(٢) الوسيط، ٥٨/٤

---

(١) ".

"& الباب الأول في الأولياء وفيه فصول & الفصل الأول في أسباب الولاية وهي أربعة

الأبوة والجدودة في معناها

والعصوبة بالنسب

والولاء

والسلطنة أما الأب والجد أب الأب فلهما منصب **الإجبار** في حالة البكارة ولو بعد البلوغ وفي البنين في الصغر دون الكبر وقال أبو حنيفة رضي الله عنه البكر البالغة لا تجبر على النكاح والثيب الصغيرة يجوز أجبارها عنده

---

(٢) ".

"

فأما العصبات من جهة النسب كالإخوة والأعمام وأولادهم فليس لهم **الإجبار** بحال وإنما لهم تزويج البكر والثيب بعد البلوغ برضاها وهل لهم الاكتفاء بصمت البكر وجهان

أحدهما نعم لظاهر الحديث

والثاني لا لأن السكوت مردد ومعنى الحديث حث المجبر على مراجعتها من غير تكليف نطق

وأما الولي المعتق فولايته كولاية العصبات وأما السلطان فولي في أربعة مواضع عند عدم الولي وغيبته وعضله وإذا أراد الولي أن يزوج من نفسه وليس للسلطان ولاية **الإجبار** خلافا لأبي حنيفة رحمه الله

وليس للوصي ولاية التزويج وإن فوض إليه الموصي إذ ليس له قرابة تدعوه إلى الشفقة والنظر ولا حظ له في الكفاءة

---

(٣) ".

---

(١) الوسيط، ٥/٥٩

(٢) الوسيط، ٥/٦٣

(٣) الوسيط، ٥/٦٧

" الفصل الثاني في ترتيب الأولياء من القرابة والولاء والسلطنه

وجهة القرابة مقدمة على الولاء والولاء مقدم على السلطنة والازدحام يفرض في النسب والولاء

أما النسب فالأب ثم الجد ولهما ولاية **الإجبار** ثم ترتيب باقي العصبات كترتيبهم في الميراث إلا في ثلاث مسائل

إحداها أن الابن عصبة في الميراث ولا يزوج بحكم النبوة خلافا لأبي حنيفة رحمه الله نعم إن كان قاضيا أو عصبة أو ابن عم أو معتقا زوج بهذه الأسباب فالبنوة لا تمنع ولا تفيد

الثانية الجد في الميراث يقاسم الإخوة وهاهنا يقدم الجد لأنه على عمود النسب

---

(١) ".

"قلنا يقدم الأخ على الجد فهاهنا يتساويان وقيل الجد مقدم لقربه وقيل ابن الأخ لقوة البنوة

الرابعة أخ المعتق من الأب والأم وأخوه من الأب قيل لا ترجيح إذ الولاء يجري بمحض العصوبة وقيل بطرد القولين فرعان

أحدهما المرأة إذا أعتقت فلها الولاء ولكن يزوج العتيقة من يزوج السيدة برضا العتيقة ولا يحتاج إلى رضا المعتقة لأنها لا تلي العقد على نفسها ولا غيرها وليس لها **الإجبار**

وفيه وجه أنه لا بد من رضاها فإن عضلت يزوجها وليها برضا السلطان ويكون السلطان نائبا عنها في الرضا الواجب عليها

وإن كان للمعتقة أب وابن فيزوجها في حياتها الأب فإن ماتت يزوج الابن لأنه العصبة الآن وقيل باستصحاب ولاية الأب وهو بعيد وقيل يزوجها ابنها في حال حياتها كما يزوجها بعد مماتها وهو بعيد

الثاني جارية أعتق نصفها يزوجها المالك وعصبتها إن قلنا إن مثل هذه الجارية تورث وإن قلنا لا تورث فيزوجها المالك والقضاي وقد قيل يزوجها المعتق والمالك

وقيل لا تزوج لعسر الأمر وهو بعيد والأحوط التزويج باتفاق الجميع

---

(٢) ".

---

(١) الوسيط، ٥/٦٨

(٢) الوسيط، ٥/٧٠

"ارتفاع الحجر لأنه ثبت بيقين فلا يرتفع بالشك في الرشد واتصال الفسق يوجب الشك فإذا ارتفع بيقين لم يعد أيضا بالشك بسبب الفسق والمشهور تخريج ولاية الفاسق على قولين وقيل شارب الخمر لا يلي خاصة وقيل ولاية **الإجبار** تسقط بالفسق دون غيره وقيل عكسه فهذه خمسة طرق

." (١)

"

والثالث أنه لا يكفي في النكاح للتعبد في صيغته بخلاف البيع

وإن قلنا لا يتولى فيفوض إلى السلطان أحد الطرفين وقيل إنه يوكل لأن الجهة قوية وإنما يحتاج إلى الغير لنظم التخاطب وللتعبد

فأما الجهة التي لا تفيد **الإجبار** فلا تفيد تولي الطرفين للعقد فلا يزوج ابن العم من نفسه بل يزوجه من في درجته أو السلطان ولا يكفيه التوكيل فإن وكيله بمثابته وكذا المعتق والقاضي والحاكم المنصوب عن جهة القاضي يزوج منه لأن حكمه نافذ عليه وكأنه من جهة السلطان لا كالوكيل ومنهم من استثنى الإمام الأعظم وقال له تولي الطرفين لقوة الإمامة

والصحيح أن الوكيل من الجانبين في النكاح لا يتولى طرفي العقد وكذا في البيع وقال أبو حنيفة رحمه الله يجوز للولي والوكيل تولي طرفي النكاح دون البيع

." (٢)

"الصغيرة أولى من التزويج من الابن

ثم لا ينبغي أن يزاد في التزويج من المجنون على واحدة وظاهر المذهب أنه يزوج من الصغير العاقل أربع لأنه في مظنة الاستصلاح وفيه وجه أنه لا يزيد على واحدة أيضا

الثالثة إذا لم يكن للمجنونة أب ولا جد يزوجها السلطان أو العصبات فيه وجهان

أحدهما العصبات لأنهم على الجملة ذو حظ وشفقتهم أكمل نعم السلطان ينوب عنها في الرضا

---

(١) الوسيط، ٧٣/٥

(٢) الوسيط، ٧٨/٥

والثاني أن السلطان يزوجها كما أنه يلي مالها نعم قال الشافعي رضي الله عنه يراجع أهل الرأي من أقاربها ويشاورهم واختلفوا في أن ذلك إيجاب أو استحباب فإن جعلناه إيجابا رجع الأمر إلى أنه لا بد من رضا الولي والسلطان ويرجع الخلاف إلى تعيين من يتعاطى العقد

ثم هل يشترط في تزويجهم حكم الأطباء بظهور حاجتها إلى الوطء وجهان

أحدهما لا يشترط بل يجوز بالاستصلاح كما يجوز للأب

والثاني نعم إذ ليس لهؤلاء رتبة **الإجبار** فلا يقدمون عليه إلا عن ضرورة

". (١)

"

ولا ننظر إلى سبع سنين بل نتبع التمييز فإن استمرت الغباوة إلى ما بعد البلوغ فالأم أولى وكذلك إن اتصل به جنون وكأن حقها لا ينقطع إلا باختيار الصبي عن تمييز

ولو اختار أحدهما ثم رجع رد إلى الآخر لأن الحال قد يتغير في الرفق به إلا إذا كثر تردده حتى دل على قلة التمييز فيرد إلى الأم وكذلك إذا سكت عن الإختيار هذا في حق الصبي

أما البالغ إذا كان غير رشيد فهو كالصبي وإن كان رشيدا وهو ذكر استقل وإن كانت جارية وهي بكر فالظاهر أن للأب أن يسكنها موضعا وليس لها الإستقلال وإن كانت رشيدة كما يجبرها على حبس النكاح وهو أعظم من حبس المسكن ثم هذا يختص بالأب والجد ومن له ولاية **الإجبار** وفيه وجه أنها تستقل وإنما التزويج بالجبر

أما البنت فإنها تستقل إذا تم رشدها بالممارسة لكنها إن كانت تتهم بريبة فلعصباتها ولاية إسكانها وملاحظتها دفعا للعار عن النسب ولا يثبت هذا إلا لمن له ولاية التزويج ولو ادعى الريبة فأنكرت فتبعد مطالبته بالإثبات بالبينة فإن ذلك افتضاح يجر العار والإحتكام على عاقلة أيضا بمجرد الدعوى بعيد ولكن إقامة البينة أبعد منه

". (٢)

---

(١) الوسيط، ٥/٩٤

(٢) الوسيط، ٦/٢٤١

"

فرعان

أحدهما هل يجري التخيير بين الأم ومن يقع على حاشية النسب كالعم والأخ فيه وجهان

أحدهما نعم كالأب والجد

والثاني أن الأم أولى وإنما التخيير مع الأب والجد لأن لهم درجة الولاية والإجبار

ويجري هذا الخلاف في التخيير بين الأب والأخت والخالة إذا قلنا إن الأب مقدم عليهما في الحضانة

الثاني أنه إذا اختار الأب لم يمنعها من الزيارة وإذا اختار الام لم يسقط عن الأب مئونة الحضانة والقيام بتأديبه وتسليمه إلى الحرفة أو المكتب وكذلك المجنون الذي لا تستقل الأم بضبطه يجب على الأب رعايته ومهما سافر الأب سفر نقلة بطل تقديم الأم وكان له استصحاب الولد كيلا ينقطع النسب سواء كان قبل التمييز أو بعده إذ فيه ضرار نعم لو رافقته الأم فهي أولى وليس له استصحابه في سفر النزهة ولا في سفر التجارة وإن طالت المدة وفيه وجه لطول المدة

ولو انتقل إلى ما دون مرحلتين ففي جواز انتزاع الولد وجهان لأن تتابع الرفاق يمنع اندراس النسب

". (١)

"

والثالث أن القطع إن كان أسلم في الظن الغالب جاز وإن اعتدل الخوف فلا وكذلك الخلاف في اليد المتآكلة

أما من به ألم لا يطيقه فليس له أن يهلك نفسه فإن كان الموت معلوما مثل الواقع في نار لا ينجو منها قطعا وهو قادر على إغراق نفسه وهو أهون عليه اختلف فيه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والأصح أنه له أن يغرق نفسه

رجعنا إلى الوالي والولي وليس لهما ذلك في حق العاقل البالغ إجبارا بل الخيرة إلى العاقل فإن فعلوا وجب القصاص

---

(١) الوسيط، ٦/٢٤٢

أما المولي عليه بالصغر والجنون فللأب أن يتعاطى فيهم ما يتعاطى العاقل في نفسه لإزالة الشين والخوف

أما السلطان فله ذلك حيث لا خوف ويكون قطعه كالفصد والحجامة وهو جائز له وإن كان في القطع خطر فليس للسلطان ذلك كما ليس له **الإجبار** على النكاح لأن مثل هذا الخطر يستدعي نظرا دقيقا وشفقة طبيعية وليس للسلطان ذلك فإن فعل حيث لم نجوز فتجب الدية وفي القود قولان ووجه الإسقاط الشبهة إذ هذا مما تقتضيه ولاية الأب وإن لم تكن تقتضيه ولايته ثم الصحيح أن الدية في خاص ماله وإن سقط القود لأنه عمد محض وحيث جوزنا للأب والسلطان ذلك فسرى قال القاضي وجب الضمان كالتعزير لأنه غير مضبوط وإنما جوزنا بالاجتهاد والصحيح ما قاله الأصحاب وهو سقوط

---

(١) ".

"هذا في قسمة القاضي **بالإجبار** أما إذا كان القسام منصوب الشركاء بالتراضي أو تولوا القسمة بأنفسهم فظهور الغلط بعد تمام القسمة هل يوجب نقضها قال العراقيون لا تنقض لأنه رضي به فصار كما إذا اشترى بغبن وهذا يتجه على قولنا إنها بيع فإن جعلناها إفراز حق فلا يمكن ذلك مع التفاوت وكذا إن جعلناه بيعا ولم يجر لفظ البيع أو ما يقوم مقامه

---

(٢) ".

" الفصل الثالث في **الإجبار**

والقسمة ثلاثة قسمة إفراز أو تعديل أو رد

أما قسمة الإفراز فهو أن يكون الشيء متساوي الأجزاء كالثوب الواحد والعرصة المتساوية أو المكيلات والموزونات فيجبر على هذه القسمة من امتنع قهرا بشرط أن تبقى الحصص بعد القسمة منفعا بها المنفعة التي كانت فلا يجبر على قسمة الطاحونة والحمام الصغير إذا لم يمكن الإنتفاع به بعده وفيه وجه بعيد أنه يجبر إذا كان يبقى أصل الإنتفاع وإن لم يبق ذلك النوع أما إذا كان الحمام كبيرا تبقى به المنفعة عند إحداث مستوقد آخر وبئر آخر وما يجري مجراه ففي **الإجبار** تفريعا على المشهور وجهان

---

(١) الوسيط، ٥٢٢/٦

(٢) الوسيط، ٣٣٨/٧

أحدهما أنه لا يجبر لأنه تعطيل إلا بإحداث أمر جديد

والثاني أنه يجبر لأن إبقاء أصل المنفعة بأمر قريب ممكن

فرع إذا ملك من دار عشرها والعشر المفرد لا يصلح للمسكن فالصحيح أن صاحبه لا يجاب إلى القسمة لأنه متعنت وهل يلزمه الإجابة إذا طلب شريكه لصحة غرضه فيه وجهان

". (١)

"

أحدهما نعم لتمييز ملكه

والثاني لا لأن فيه تعطيل المنفعة على الشريك فكأنه في حقه لا يقبل القسمة

وإن قلنا لا قسمة لواحد منهما فلا شفعة لواحد منهما إذا باع صاحبه لأن الشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة

أما إذا كان النصف لواحد والنصف الآخر لخمسة فإذا باع الخمسة النصف فلصاحب النصف الآخر الشفعة لأن الخمسة لو اجتمعوا وطالبوه بالقسمة أجبر وإنما لا يجبر إذا كان الطالب واحدا وفيه وجه أيضا أن صاحب العشر يجاب إذ يقول لي أن أعطل الملك على نفسي فلم لا أجاب وهذا وإن كان غير مشهور فهو منقاس

القسمة الثانية قسمة التعديل

وهو أن يخلف الرجل على ثلاثة بنين ثلاثة عبيد متساوي القيمة ففي **الإجبار** عليه خلاف مشهور ذهب الأكثرون إلى أنه يجبر كما في الإفراز إذ لا ضرر فيه والثاني أنه لا يجبر إذ كل عبد يختص بغرض وصفة لا توجد في الباقي فلا يكفي تساوي المالية مع تفاوت الأغراض وذلك غير موجود في الأرض وذوات الأمثال

وإن خلف بين ثلاثة بنين أربعة أعبد قيمة واحد مائة وقيمة آخر مائة وقيمة الإثنين

". (٢)

---

(١) الوسيط، ٣٣٩/٧

(٢) الوسيط، ٣٤٠/٧

"الآخرين مائة فالخلاف ها هنا مرتب وأولى بأن لا يجبر لأن تفاوت العدد انضم إلى تفاوت الصفة وفي الحمامات والطواحين التي لا تقبل القسمة وتتساوى قيمتها خلاف مرتب وأولى بالمنع إذ الغرض يختلف باختلاف أماكنها اختلافا ظاهرا

فإن خلف طاحونة وعبدا وحماما متساوي القيم فالخلاف مرتب وأولى بالمنع

أما إذا خلف قطعا من الأرض متباينة وآحادها يقبل قسمة الإفراز فلا يجبر على قسمة التعديل بالقيمة لأن ذلك جوز ضرورة للعجز عن الإفراز وميل نصوص الشافعي رضي الله عنه إلى منع **الإجبار** في هذه القسمة

فروع

الأول دار مختلفة الجوانب فقسمتها من قسمة التعديل إلا إذا كان في كل جانب بناء يماثل الجانب الآخر ويمكن قسمة العرصة فذلك كالأراضي فإن احتيج إلى التعديل بالقيمة مع التفاوت فلا فرق بينهما وبين الأمتعة

الثاني عرصة بين شريكين وقيمة أحد الجانبين تزيد لقربه من الماء حتى يكون الثلث بالمساحة نصفا بالقيمة قال الأصحاب يجبر على هذه القسمة ولم يخرجوه على الخلاف ولم يكترثوا بمثل هذا التفاوت النادر

الثالث قسمة اللبنات المتساوية القوالب من قبيل قسمة الإفراز فإن تفاوتت القوالب فهي من قسمة التعديل

القسمة الثالثة قسمة الرد

وهو أن يترك عبدين قيمة أحدهما ستمائة وقيمة الآخر ألف فلو أخذ أحدهما

". (١)

"النفيس ورد مائتين استويا ولكن هذا لا يجبر عليه قطعا لأن فيه تمليكا جديدا

لو قال أحدهما يختص أحدنا بالخسيس وخمس من النفيس فهذا هل يجبر عليه ليتخلص في أحد العبدين عن الشركة فيه خلاف والظاهر أنه لا يجبر لأن أصل الشركة ليس ينقطع

فإن قيل فما حقيقة القسمة قلنا أما قسمة الإفراز ففيه قولان

---

(١) الوسيط، ٣٤١/٧

أحدهما أنه إفراز إذ لو كان بيعا لما أجبر عليه فكأنه قد تبين بالقسمة أن ما خصه هو الذي ملكه

والثاني أنه بيع إذ يستحيل أن يقال إنه لم يرث من أبيه إلا هذه الحصة على الخصوص

وأما قسمة الرد فهو بيع في القدر الذي يقابله العوض وفي قسمة الباقي وفي قسمة التعديل بيع أيضا إن قلنا لا يجبر عليه وإن قلنا إنه يجبر فطريقان منهم من خرج على القولين ومنهم من قطع بأنه بيع ولكن يجبر للحاجة

ويخرج على القولين مسائل في الربويات والزكاة والوقف فإذا قلنا إنه بيع لم يجز فصل الوقف عن الملك لأنه بيع أما فصل الوقف من الوقف فلا يجوز وإن قلنا إنه إفراز لأنه كالتغيير لشرط الواقف وفيه وجه أنه يجوز لأنه قد يشرف على الإنهدام فيحتاج إلى القسمة فإن قيل فهل يشترط الرضا قلنا لا يشترط في قسمة **الإجبار** ويشترط في قسمة التراضي ولا بد من لفظ وهو قوله رضيت ويجب تجديده بعد خروج القرعة فيقول رضيت بهذا وقال العراقيون يكفي السكوت بعد الرضا إلى خروج القرعة فلا يجب التجديد

وأجمعوا على أنه لا يشترط لفظ البيع وإن قلنا إنه بيع ومنهم من شرط أن يقول

---

(١) ".

"بعد الموت فهو الذي أراد به الشافعي رضي الله تعالى عنه وأرضاه

المسألة الثانية إذا عجل النجوم قبل المحل أجبر السيد على القبول لأجل فك الرقبة كما يجبر في الدين الذي به رهن أما في سائر الديون المؤجلة فوجهان

ثم إنما يجبر على قبول النجم إذا لم يكن على السيد ضرر ومؤنة ولم يكن وقت نهب وغارة فإذا كان عليه ضرر لم يلزمه فإن كان النهب مقرونا بوقت العقد ففي **الإجبار** وجهان

وحيث يجبر فلو كان غائبا أو امتنع قبض القاضي عنه وعتق ويقبض النجم الأول وإن لم يكن فيه عتق أيضا لأنه تمهيد سبب للعتق

ولو قال لا آخذه فإنه حرام فالقول قول المكاتب ويجب أخذه ويعتق به

ثم يجب عليه رده إلى مالكه إن أضافه إلى مالك فإن لم يضف فهل ينتزع من يده فيه وجهان فإن قلنا لا ينتزع فلو كذب نفسه فالظاهر قبوله ويعود تصرفه فيه

---

(١) الوسيط، ٧/٣٤٢

". (١)

"(١٢١) قال في الروضة (٣/٤٥٠): " ولو إنهدم الجدار بنفسه أو هدماه معا لاستهدامه أو غيره وامتنع، القديم إجباره عليها دفعا للضرر وصيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل، والجديد لا إجبار كما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة، ولأن الممتنع يتضرر أيضا بتكليفه العمارة ... قلت: لم يبين الإمام الرافعي الأظهر من القولين وهو من المهمات، والأظهر عند جمهور الأصحاب هو الجديد، ممن صرح بتصحيحه المحاملي والجرجاني وصاحب التنبيه وغيرهم، وصحح صاحب الشامل القديم وأفتى به الشاشي، وقال الغزالي في الفتاوى: الأقيس أن يجبر، وقال: والإختيار إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة أجبره، وإن كان لإعسار أو غرض صحيح أو شك فيه لم يجبر، وهذا التفصيل الذي قاله وإن كان أرجح من إطلاق القول بالإجبار فالمختار الجاري على القواعد أن لا إجبار مطلقا والله أعلم" قال صاحب الفرائد (١٤٥): "وليس ذلك بمسلم له بل الجاري علي القواعد عدم الأجبار".(١٢٢) اختلف الأصحاب في الصداق إذا تلف في يد الزوج هل يضمنه ضمان عقد أو ضمان يد بناء على اختلاف قول الإمام الشافعي والمصحح في المنهاج (٣/٢٢١) والروضة (٥/٥٦٧) وهو المعتمد أنه مضون ضمان عقد "والفرق بين ضماني العقد واليد في الصداق أنه على الأول يضمن بمهر المثل وعلى الثاني بالبدل الشرعي وهو المثل إن كان مثليا والقيمة إن كان متقوما" (مغني المحتاج ٣/٢٢١)(١٢٣) قال ابن الصلاح في فتاويه (١/٢٢٦): " وإذا ملك محرما من نسب أو رضاع ووطئها مع العلم بتحريمها القديم أنه لا يلزمه الحد" وهو المصحح في المنهاج (٤/١٤٤ مع المغني) والروضة (٧/٣١١).(١٢٤)نظم بعضهم هذه المسائل فقال:-مسائل الفتوى بقول الأقدملا ينجس الجاري ومنع تباعدواستجمرن بمجاوز عن مخرجوالوقت مد إلى مغيب المغربلا تاتين في الأخريين بسورةوالجهر بالتأمين سن لمقتدوالظفر يكره أخذه من ميتوويصح عن ميت صيام وليهويجوز إجبار الشريك على البنا." (٢)

"هو الأول لانه لا حق له عليه قبل محل الدين وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفسه قبل المحل كما يجوز في الحضر أن يهرب ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب

وإن قال أقم لي كفيلا بالمال لم يلزمه لانه لم يحل عليه الدين فلم يملك المطالبة بالكفيل كما لو لم يرد السفر

---

(١) الوسيط، ٧/٥٢٥

(٢) سلم المتعلم المحتاج، ص/٧١

وإن كان الدين حالا نظرت فإن كان معسرا لم يجز مطالبته لقوله تعالى ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ ولا يملك ملازمته لان كل دين لا يملك المطالبة به لم يملك الملازمة عليه كالدين المؤجل

فإن كان يحسن صنعة فطلب الغريم أن يؤجر نفسه ليكسب ما يعطيه لم يجبر على ذلك لانه إجبار على التكسب فلم يجز **كالإجبار** على التجارة

وإن كان موسرا جازت مطالبته لقوله تعالى ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ فدل على أنه إذا لم يكن ذا عسرة لم يجب إنظاره فإن لم يقضه ألزمه الحاكم فإن امتنع فإن كان له مال ظاهر باعه عليه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه أن يقال سبق الحاج فأدان معرضا فأصبح وقد رين به فمن له دين فليحضر فإنا بايعو ماله وقاسموه بين غرمائه

وإن كان له مال كتمه حبسه وعزره حتى يظهره فإن ادعى الإعسار نظرت فإن لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله مع يمينه لان الأصل عدم المال

فإن عرف له مال لم يقبل قوله لانه معسر إلا ببينة لان الأصل بقاء المال

فإن قال غريمي يعلم أني معسر أو أن مالي هلك فحلفوه حلف لان ما يدعيه محتمل

فإن أراد أن يقيم البينة على هلاك المال قبل فيه شهادة عدلين فإن أراد أن يقيم البينة على الإعسار لم يقبل إلا بشهادة عدلين من أهل الخبرة والمعرفة بحاله لان الهلاك يدركه كل أحد والإعسار لا يعلمه إلا من يخبر باطنه

فإن أقام البينة على الإعسار وادعى الغريم أن له مالا باطنا فطلب اليمين عليه ففيه قولان أحدهما لا يحلف لانه أقام البينة على ما ادعاه فلا يحلف كما لو ادعى ملكا وأقام عليه البينة

والثاني يحلف لان المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب كما لو أقام عليه البينة بالدين وادعى أنه أبرأه منه

وإن وجد في يده مال فادعى أنه لغيره نظرت فإن كذبه المقر له بيع في الدين لان الظاهر أنه له وإن صدقه سلم إليه

فإن قال الغريم أحلفوه لى أنه صادق في إقراره ففيه وجهان أحدهما يحلف لانه يحتمل أن يكون كاذبا في إقراره

والثاني لا يحلف وهو الصحيح لان اليمين تعرض ليخاف فيرجع عن الإقرار ولو رجع عن الإقرار لم يقبل رجوعه فلا معنى لعرض اليمين

فصل الحجر بالدين وإن ركبته الديون ورفعه الغرماء إلى الحاكم وسألوه أن يحجر عليه نظر الحاكم في ماله فإن كان له مال يفي بالديون لم يحجر عليه لانه لا حاجة به إلى الحجر بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه

فإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه وباع ماله عليه لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئا فلم يزل يدان حتى أغرق ماله

." (١)

"الآخران ملكاه بسبب سابق لملك المشتريين

والثاني أنها بين الجميع لان الجميع شركاء في الملك في حال وجوب الشفعة

وإن مات رجل عن دار وخلف ابنتين وأختين ثم باعت إحدى الأختين نصيبها ففيه طريقان من أصحابنا من قال هي على القولين أحدهما أن الشفعة للأخت لانها ملكت مع الأخت بسبب واحد وملك البنات بسبب آخر

والثاني أن الشفعة بين البنات والأخت لان الجميع شركاء في الملك

ومنهم من قال إن الشفعة بين البنات والأخت قولا واحدا لان الجميع (ملكن) الشقص في وقت واحد لم يسبق بعضهن بعضا

فصل وإن تصرف المشتري في الشقص ثم حضر الشفيع نظرت فإن تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والإجارة فللشفيع أن يفسخ ويأخذ لان حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ فملك الفسخ

وإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين أن يفسخ ويأخذ بالعقد الأول وبين أن يأخذ بالعقد الثاني لانه شفيع بالعقدين فجاز أن يأخذ بما شاء منهما

وإن قابل البائع أو رده عليه بعيب فللشفيع أن يفسخ الإقالة والرد بالعيب ويأخذه لان حقه سابق ولا يمكن الأخذ مع الإقالة والرد بالعيب فملك الفسخ

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١/٣٢٠

وإن تحالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع أن يأخذ بالثمن الذى حلف عليه البائع لان البائع أقر للمشتري بالملك وللشفيع بالشفعة بالثمن الذي حلف عليه فإذا بطل حق المشتري بالتحالف بقي حق الشفيع

وإن اشترى شقصا بعبد ووجد البائع بالعبد عيبا ورده قبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان أحدهما يقدم الشفيع لان حقه سابق لانه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالرد

والثاني أن البائع أولى لان في تقديم الشفيع إضرارا بالبائع في إسقاط حقه من الرد والضرر لا يزال بالضرر

وإن أصدق امرأته شقصا وطلقها قبل الدخول وقبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان أحدهما يقدم الزوج على الشفيع لان حق الزوج أقوى لانه ثبت بنص الكتاب وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد فقدم حق الزوج

والثاني يقدم الشفيع لان حقه سابق لانه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق

فصل وإن اشترى شقصا وكان الشفيع غائبا فقاسم وكيله في القسمة أو رفع الأمر إلى الحاكم فقاسمه وغرس وبنى ثم حضر الشفيع (وأنكر الوكالة) أو أظهر له ثمنا كثيرا فقاسمه ثم غرس وبنى ثم بان خلافه وأراد الأخذ فإن اختار المشتري قلع الغراس والبناء لم يمنع لانه ملكه فملك نقله ولا تلزمه تسوية الأرض لانه غير متعد

وإن لم يختر القلع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن والغراس والبناء بالقيمة وبين أن يقلع الغراس والبناء ويضمن ما بين قيمته قائما ومقلوعا لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا إضرار ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك

فصل وإن اشترى شقصا وحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع نظرت فإن كانت زيادته لا تتميز كالفسيل إذا طال وامتلأ فإن الشفيع يأخذه مع زيادته لان ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك كما يتبعه في الرد بالعيب وإن كانت متميزة كالثمرة فإن كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق لان الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل كما قلنا في الرد بالعيب

وإن كانت غير ظاهرة ففيها قولان قال في القديم تتبع الأصل كما تتبع في البيع

وقال في الجديد لا تتبعه لانه استحقاق بغير تراض فلا يؤخذ به إلا ما دخل بالعقد ويخالف البيع لانه استحقاق عن تراض يقدر فيه على الاستثناء فإذا لم يستثن تبع الأصل

فصل إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم لان الشفعة ثابتة بالنص والإجماع فلم تفتقر إلى الحاكم كالرد بالعيب

فإن كان الشقص في يد المشتري أخذه منه وإن كان في يد البائع ففيه وجهان أحدهما يجوز أن يأخذ منه لانه استحق فملك الأخذ كما لو كان في يد المشتري

والثاني لا يجوز أن يأخذ منه بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذه منه لان الأخذ من البائع يؤدي إلى إسقاط الشفعة لانه يفوت به التسليم وفوات التسليم يوجب بطلان العقد فإذا بطل العقد سقطت الشفعة وما أدى إثباته إلى إسقاطه سقط

فصل ويملك الشفيع الشقص بالأخذ لانه تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالأخذ كتملك المباحات

ولا يثبت فيه خيار الشرط لان الشرط إنما يثبت مع تملك الاختيار والشقص يؤخذ **بالإجبار** فلم يصح فيه شرط الخيار

---

(١) ".

"دعت المنكوحة إلى كفء فعضلها الولي زوجها السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ولانه حق توجه عليه تدخله النيابة فإذا امتنع قام السلطان مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من أدائه وإن غاب الولي إلى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان ولم يكن لمن بعده من الأولياء أن يزوج لان ولاية الغائب باقية

ولهذا لو زوجها في مكانه صح العقد وإنما تعذر من جهته فقام السلطان مقامه كما لو حضر وامتنع من تزويجها فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان أحدهما لا يجوز تزويجها إلا بإذنه لانه كالحاضر

والثاني يجوز للسلطان أن يزوجها لانه تعذر استئذانه فأشبه إذا كان في سفر بعيد ويستحب للحاكم إذا غاب الولي وصار التزويج إليه أن يأذن لمن تنتقل الولاية إليه ليزوجها ليخرج من الخلاف فإن عند أبي حنيفة أن الذي يملك التزويج هو الذي تنتقل الولاية إليه

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٣٨٢/١

فصل إجبار البكر على التزويج ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضعاها صغيرة كانت أو كبيرة لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها في نفسها فدل على أن الولي أحق بالبكر وإن كانت بالغة فالمستحب أن يستأذنها للخبر وإذنها صماتها لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها ولانها تستحي أن تأذن لابيها بالنطق فجعل صماتها إذنا ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن لما روى نافع أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه تزوج بنت خاله عثمان بن مظعون فذهبت أمها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت إن ابنتي تكره ذلك فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفارقها وقال لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن فإن سكتن فهو إذنهن فتزوجت بعد عبد الله المغيرة بن شعبة ولانه ناقص الشفقة ولهذا لا يملك التصرف في مالها بنفسه ولا يبيع مالها من نفسه فلا يملك التصرف في بضعها بنفسه فإن زوجها بعد البلوغ ففي إذنها وجهان أحدهما أن إذنها بالنطق لانه لما افتقر تزويجها إلى إذنها افتقر إلى نطقها بخلاف الأب (والجد)

والثاني وهو المنصوص في الإملاء وهو الصحيح أن إذنها بالسكوت لحديث نافع

وأما الثيب فإنها إن ذهبت بكارتها بالوطء فإن كانت بالغة عاقلة لم يجز لاحد تزويجها إلا بإذنها لما روت خنساء بنت خذام الأنصارية أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فذكرت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها

وإذنها بالنطق لحديث بن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها فدل على أن إذن الثيب بالنطق وإن كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتأذن لان إذنها معتبر في حال الكبر فلا يجوز الافتيات عليها في حال الصغر وإن كانت مجنونة جاز للأب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة لانه لا يرجى لها حال تستأذن فيها ولا يجوز لسائر العصبات تزويجها لان تزويجها إجبار وليس لسائر العصبات غير لأب والجد ولاية **الإجبار**

فأما الحاكم فإنها إن كانت صغيرة لم يملك تزويجها لانه لا حاجة بها إلى النكاح وإن كانت كبيرة جاز له تزويجها إن رأى ذلك لانه قد يكون في تزويجها شفاء لها

وإن ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان أحدهما أنها كالموطوءة لعموم الخبر

والثاني وهو المذهب أنها تزوج تزويج الأبكار لان الثيب إنما اعتبر إذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغير الوطء

فصل إجبار الأمة ثيبا كانت أو بكرا وإن كانت المنكوحة أمة فللمولى أن يزوجها بكرا كانت أو ثيبا صغيرة كانت أو كبيرة عاقلة كانت أو مجنونة لانه عقد يملكه عليها بحكم الملك فكان إلى المولى كالإجارة وإن دعت الأمة المولى إلى النكاح فإن كان يملك وطأها لم يلزمه تزويجها

." (١)

"وروى مجاهد عن عمر رضى الله عنه أن دية شبه العمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة

ويخالف الخطأ فإنه لم يقصد القتل ولا الجناية فخفف من كل وجه وفى شبه العمد لم يقصد القتل فجعل كالخطإ فى التأجيل والحمل على العاقلة وقصد الجناية فجعل كالعمد فى التغليظ بالأسنان

وهل يعتبر فى الخلفات السن مع الحمل فيه قولان أحدهما لا يعتبر لقوله صلى الله عليه وسلم منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها ولم يفرق

والثانى يعتبر أن تكون ثنيات فما فوقها لانه أحد أقسام أعداد إبل الدية فاختص بسن كالثلاثين

وإن كانت فى قتل الخطإ والقتل فى غير الحرم وفى غير الأشهر الحرم والمقتول غير ذى رحم محرم للقاتل وجبت دية مخففة أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة لما روى أبو عبيدة عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال فى الخطإ عشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض

وعن سليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون دية الخطإ مائة من الإبل عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة

وإن كان القتل فى الحرم أو فى الأشهر الحرم وهى ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب أو كان المقتول ذا رحم محرم للقاتل وجبت دية مغلظة لما روى مجاهد أن عمر رضى الله عنه قضى فيمن قتل فى الحرم أو فى الأشهر الحرم أو محرما بالدية وثلث الدية

وروى أبو النجيح عن عثمان رضى الله عنه أنه قضى فى امرأة قتلت فى الحرم فجعل الدية ثمانية آلاف ستة آلاف الدية وألفين للحرم

وروى نافع بن جبير أن رجلا قتل فى البلد الحرام فى شهر حرام

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٣٧/٢

فقال ابن عباس ديته اثنا عشر ألفا وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف فكملها عشرين ألفا

فإن كان القتل فى المدينة ففيه وجهان أحدهما أنه يغلظ لانها كالحرم فى تحريم الصيد فكذلك فى تغليظ الدية

والثانى لا تغلظ لانها لا مزية لها على غيرها فى تحريم القتل بخلاف الحرم

واختلف قوله فى عمد الصبى والمجنون فقال فى أحد القولين عمدهما خطأ لانه لو كان عمدا لاوجب القصاص فعلى هذا يجب بعمدهما دية مخففة

والثانى أن عمدهما عمد لانه يجوز تأديبهما على القتل فكان عمدهما عمدا كالبالغ العاقل فعلى هذا يجب بعمدهما دية مغلظة وما يجب فيه الدية من الأطراف فهو كالنفس فى الدية المغلظة والدية المخففة لانه كالنفس فى وجوب القصاص والدية فكان كالنفس فى الدية المغلظة والدية المخففة

فصل وتجب الدية من الصنف الذى يملكه من تجب عليه الدية من القاتل أو العاقلة كما تجب الزكاة من الصنف الذى يملكه من تجب عليه الزكاة

وإن كان عند بعض العاقلة من البخاتى وعند البعض من العراب أخذ من كل واحد منهم من الصنف الذى عنده

وإن اجتمع فى ملك كل واحد منهم صنفان ففيه وجهان أحدهما أنه يؤخذ من الصنف الأكثر فإن استويا دفع مما شاء منهما

والثانى يؤخذ من كل صنف بقسطه بناء على القولين فيمن وجبت عليه الزكاة وماله أصناف

وإن لم يكن عند من تجب عليه الدية إبل وجب من غالب إبل البلد

فإن لم يكن فى البلدان وجب من غالب أقرب البلاد إليه كما قلنا فى زكاة الفطر

وإن كانت إبل من تجب عليه الدية مراضا أو عجافا كلف أن يشترى إبلا صحاحا من الصنف الذى عنده لانه بدل متلف من غير جنسه فلا يؤخذ فيها معيب كقيمة الثوب المتلف

وإن أراد الجانى دفع العوض عن الإبل مع وجودها لم يجبر الولى على قبوله

وإن أراد الولى أخذ العوض عن الإبل مع وجودها لم يجبر الجانى على دفعه لان ما ضمن لحق الآدمى ببدل لم يجز **الإجبار** فيه على دفع العوض ولا على أخذه مع وجوده كذوات الأمثال

وإن تراضيا على العوض جاز لانه بدل متلف فجاز أخذ العوض فيه بالتراضى كالبدل فى سائر المتلفات

فصل وإن أعوزت الإبل أو وجدت بأكثر من ثمن المثل ففيه قولان قال فى القديم يجب ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم

لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن فى النفس مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم

وروى ابن عباس رضى الله عنه أن رجلا قتل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ديته اثنى عشر ألفا فعلى هذا إن كان فى قتل يوجب التغليظ غلظ بثلث الدية لما رويناه عن عمر وعثمان وابن عباس فى تغليظ الدية للحرم

وقال فى الجديد تجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

". (١)

"كثلاثة بينهم أرض أثلاثا فله أن يكتب الأسماء ويخرج على السهام وله أن يكتب السهام ويخرج على الأسماء

فإن كتب الأسماء كتبها فى ثلاث رقاع فى كل رقعة اسم واحد من الشركاء ثم يأمر من لم يحضر كتب الرقاع والبندقة أن يخرج رقعة على السهم الأول فمن خرج اسمه أخذه ثم يخرج على السهم الثانى فمن خرج اسمه أخذه وتعين السهم الثالث للشريك الثالث

فإن كتب السهام كتب فى ثلاث رقاع فى رقعة السهم الأول وفى رقعة السهم الثانى وفى رقعة السهم الثالث ثم يأمر بإخراج رقعة على اسم أحد الشركاء فأى سهم خرج أخذه ثم يأمر بإخراج رقعة على اسم آخر فأى سهم خرج أخذه الثانى ثم يتعين السهم الباقى للشريك الثالث

وإن اختلفت سهامهم فإن كان لواحد السدس وللآخر الثلث وللثالث النصف قسمها على أقل السهام وهو السدس فيجعلها أسداسا ويكتب الأسماء ويخرج على السهام فيأمر أن يخرج على السهم الأول

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٢/١٩٦

فإن خرج اسم صاحب السدس أخذه ثم يخرج (على) السهم الثانى فإن خرج اسم صاحب الثلث أخذ (الثانى) والذى يليه لان له سهمين وتعين الباقى لصاحب النصف

وإن خرجت الأولى (على) اسم صاحب النصف أخذ السهم الأول واللذين يليانه وهو الثانى والثالث ثم يخرج على السهم الرابع فإن خرج اسم صاحب الثلث أخذه والسهم الذى يليه وهو الخامس وتعين السهم السادس لصاحب السدس وإنما قلنا إنه يأخذ مع الذى يليه لينتفع بما يأخذه ولا يستضر به ولا يخرج فى هذا القسم السهام على الأسماء لانا لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف فيقول آخذه وسهمين قبله ويقول الآخران بل نأخذه وسهمين بعده فيؤدى إلى الخلاف والخصومة

فصل فى وإذا ترافع الشريكان إلى الحاكم وسألاه أن ينصب من يقسم بينهما فقسم قسمة إجبار لم يعتبر تراضى الشركاء لانه لما لم يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة لم يعتبر بعد خروج القرعة

فإن نصب الشريكان قاسما فقسم بينهما فالمنصوص أنه يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة وبعد خروج القرعة

وقال فى رجلين حكما رجلا ليحكم بينهما ففيه قولان أحدهما أنه يلزم الحكم ولا يعتبر رضاهما

والثانى أنه لا يلزم الحكم إلا برضاهما والقاسم ههنا بمنزلة هذا الحاكم لانه نصبه الشريكان فيكون على قولين أحدهما وهو المنصوص أنه يعتبر الرضى بعد خروج القرعة لانه لما اعتبر الرضى فى الابتداء اعتبر بعد خروج القرعة

والثانى أنه لا يعتبر لان القاسم مجتهد فى تعديل السهام والإقراع فلم يعتبر الرضى بعد حكمه كالحاكم

وإن كان فى القسمة رد وخرجت القرعة لم تلزم إلا بالتراضى

وقال أبو سعيد الإصطخرى تلزم من غير تراض كقسمة **الإجبار** وهذا خطأ لان فى قسمة **الإجبار** لا يعتبر الرضى فى الابتداء وههنا يعتبر فاعتبر بعد القرعة

فصل فى إذا تقاسما أرضا ثم ادعى أحدهما غلطا فإن كان فى قسمة إجبار لم يقبل قوله من غير بينة لان القاسم كالحاكم فلم تقبل دعوى الغلط عليه من غير بينة كالحاكم

فإن أقام البينة على الغلط نقضت القسمة وإن كان فى قسمة اختيار نظرت فإن تقاسما بأنفسهما من غير قاسم لم يقبل قوله لانه رضى بأخذ حقه ناقصا

وإن أقام بينة لم تقبل لجواز أن يكون قد رضى دون حقه ناقصا

وإن قسم بينهما قاسم نصباه فإن قلنا إنه يفتقر إلى التراضى بعد خروج القرعة لم تقبل دعواه لانه رضى بأخذ الحق ناقصا

وإن قلنا إنه لا يفتقر إلى التراضى بعد خروج القرعة فهو كقسمة **الإجبار** فلا يقبل قوله إلا ببينة فإن كان فى القسمة رد لم يقبل قوله على المذهب وعلى قول أبى سعيد الإصطخرى هو كقسمة **الإجبار** فلم يقبل قوله إلا ببينة

فصل وإن تنازع الشريكان بعد القسمة فى بيت فى دار اقتسماها فادعى كل واحد منهما أنه فى سهمه ولم يكن له بينة تحالفا ونقضت القسمة كما قلنا فى المتبايعين وإن وجد أحدهما بما صار إليه عينا فله الفسخ كما قلنا فى البيع

فصل إذا اقتسما أرضا ثم استحق مما صار لاحدهما شيء بعينه نظرت فإن استحق مثله من نصيب الآخر أمضيت القسمة وإن لم يستحق من حصة الآخر مثله بطلت القسمة لان لمن استحق ذلك من حصته أن يرجع فى سهم شريكه

وإذا استحق ذلك عادت الإشاعة وإذا استحق جزء مشاع بطلت القسمة فى المستحق

وهل تبطل فى الباقى فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه ينى على تفريق الصفقة فإن قلنا إن الصفقة لا تفرق بطلت القسمة فى الجميع وإن قلنا إنها تفرق صحت فى الباقى

". (١)

"لم يتولى الأب طرفي العقد في بيع مال الطفل قيل لقوة ولايته وكمال شفقته وقيل لعسر مراجعة السلطان في كل بيع وشراء وقيل لمجموع المعنيين ذكره في النكاح في فصل تولي طرفي العقد---خبايا الزوايا ج:١ ص:١٦٥١٨٩ مسألةحكى الخلاف هنا فيما إذا باغ الأب أو الجد مال الطفل من نفسه ثم قال في الهبة قال الإمام موضع الوجهين في شق القبول ما إذا أتى بلفظ مستقل لأن يقول اشتريت لطفلي أو اتهبت له فأما قوله قبلت البيع والهبة فلا يمكن الاقتصار عليه بحال١٦٦ مسألةلو زاد الثمن على قيمة المبيع---خبايا الزوايا ج:١ ص:١٩٠والمشتري معسر ففي صحة البيع وجهان المشهور منهما الصحة لأنه قد يجد من يشتريه ذكره في الكتابة١٦٧ مسألةاشترى عرضا ممن له عليه دين ففي صحة البيع وجهان

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٣٠٩/٢

ذكره في الضمان---خبايا الزوايا ج:١ ص:١٦٨١٩١ مسألةباع الذمي الخمر ودفع ثمنها لمسلم عن دين له هل يجبر على القبول وجهان أصحهما لا يجوز فضلا عن الإجبار ذكره في الجزية١٦٩ مسألةالند المعجون بالخمر نجس قال في الشامل ولا يجوز بيعه وكان ينبغي أن يجعل كالثوب المتنجس لامكان تطهيره بالنقع في الماء ذكره في الأشربة---خبايا الزوايا ج:١ ص:١٧٠١٩٢ مسألةفي بيع الخمر المحترمة وجهان بناء على الخلاف في طهرتها والعناقيد إذا استحالت أجواف حباتها خمرا فعن القاضي وغيره ذكر وجهين في جواز بيعها اعتمادا على طهارة ظاهرها في الحال وتوقع فائدتها في المآل وطردوها في البيضة المستحيل باطنها دما والمذهب المنع ذكره في آخر الباب الثاني من الرهن١٧١ مسألةلو باع على صورة العمري فقال ملكتك بعشرة عمرك ففيه خلاف بين أبي علي الطبري وابن كجقال ابن سريج وأبو علي الطبري لا يصح وقال ابن كج لا يبعد عندي جوازه---خبايا الزوايا ج:١ ص:١٩٣تفريعا على الجديد ووافقه ابن خيران ذكره في الهبة ولم يرجح شيئا." (١)

"ولا يزوج مجنون صغير وكذا كبير إلا لحاجة فواحدة أي إذا كان المجنون صغيرا فلا يزوج لأنه لا يحتاج إلى النكاح في الحال ولا يدرى إذا بلغ هل يحتاج إلى النكاح أم لا؟ وإذا كان بالغا نظرت إن كان يجن ويفيق لم يجز للولي تزويجه لأن له حالة يمكن استئذانه فيها وهي حالة إفاقته وإن لم يكن له حال إفاقة لم يكن للولي تزويجه إلا إذا علم أنه يشتهي النكاح بأنه يراه وليه يتبع نظره النساء أو علم ذلك بانتشار ذكره فهنا يجوز تزويجه لموجود المصلحة وهي إعفافه فإن لم يكن ثمة أب ولا جد زوجه الحاكم فواحدة أي يزوجه واحدة فقط وله تزويج صغير عاقل أكثر من واحدة ويجوز للأب والجد أن يزوج ابنه الصغير إن كان عاقلا لما روى البيهقي عن ابن عمر (أنه زوج ابنا له صغيرا) فإن وجد مصلحة في تزويجه زوجه لاحتياجه إلى الخدمة والسكن وحكي عن الشافعي أنه قال: (له أن يزوجه واحدة واثنتين وثلاثا وأربعا كالبالغ) وقيل لا يزوجه بأكثر من واحدة لأنه لا حاجة به إلى ما زاد عليها. ويزوج المجنونة أب أو مجنونة إن ظهرت مصلحة في تزويجها ولا تشترط الحاجة فهي تستفيد المهر والنفقة وسواء صغيرة وكبيرة ثيب وبكر أي في جواز تزويج الأب والجد لأن لهما ولاية الإجبار في العموم فإن لم يكن أب ولا جد لم تزوج في صغيرها حتى ولو وجدت الغبطة إذ لا إجبار على النكاح لغير الأب والجد فإذا بلغت زوجها السلطان حتى ولو كانت ثيبا في الأصح كما يلي مالها ويسن له مراجعة أقاربها لأنهم أعرف بمصلحتها بل قال البغوي يجب مراجعتهم للحاجة لا لمصلحة كأن تظهر علامات غلبة شهوتها أو يتوقه لها الشفاء بالنكاح

---

(١) خبايا الزوايا . للزركشي، ص/٢٦

في الأصح وقيل للمصلحة أيضا في النفقة والإخدام إن ألحقناها بالمريضة أو ممن كانت تخدم في بيت أبيها ومن حجر عليه بسفه أي كان مبذرا لماله لا يستقل بنكاح لئلا يبذر ماله في النكاح بل ينكح بإذن وليه أو يقبل له وليه إذا طلب ذلك لأنه حر." (١)

"والثاني من أنواع القسمة بالتعديل بالقيمة كأرض تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة إنبات وقرب الماء أو في جانب منها عنب وفي جانب آخر نخل أو في جانب بناء وفي آخر شجر ولم تستو القيمة في ذلك فإن كانت لاثنين مثلا نصفين وقيمة ثلثها في المثال الأول المشتمل على أرض فيها قوة إنبات وقوة ماء كقيمة ثلثيها الخالي عن ذلك جعل الثلث سهما والثلثان سهما وأقرع كما مر ويجبر الممتنع عليها أي القسمة في الأظهر إلحاقا للتساوي في القيمة بالتساوي في الأجزاء. إلا إذا أمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده لم يجبر لأنها كأرضين تمكن قسمة كل منهما بالأجزاء فلا يجبر على التعديل ولو استوت قيمة دارن أو حانوتين وهما لاثنين بالسوية فطلب أحد الشريكين جعل كل منهما لواحد فلا إجبار في ذلك للمتنع سواء تجاور الداران أو الحانوتان أو تباعدا لشدة اختلاف الأغراض أو تساوت قيمة عبيد أو ثياب من نوع وأمكن التسوية ولو اختلف العدد أجبر الممتنع لقلة اختلاف الأغراض فيها، روى مسلم عن أبي سعيد الخدري (أن النبي صلى الله عليه وسلم جزأ العبيد الستة الذين أعتقهم الرجل في مرض موته أجزاء وأقرع بينهم) فقد دخل القسمة **الإجبار** أو نوعين من جنس واحد كسيارة ياباني وسيارة كوري أو جنسين مختلفين كسيارة وأثاث فلا إجبار في ذلك لاختلاف الأغراض والنوع الثالث القسمة بالرد وهي التي يحتاج فيها أحد الشريكين أن يرد للآخر مالا وذلك بأن يكون في أحد الجانبين من الأرض بئر أو شجر لا يمكن قسمته فيرد من يأخذه قسط قيمته أي يرد من خرجت بالقسمة البئر أو الشجر في نصيبه ولا إجبار فيه لأنه دخله ما لا شركة فيه وهو المال المردود وهو أي هذا النوع وهو قسمة الرد بيع لوجود حقيقة البيع وهو مقابلة المال بالمال فتثبت جميع أحكام البيع ولا يفتقر للفظ البيع والقبول بل يقوم الرضا مقامهما وكذا التعديل بيع على المذهب تثبت فيه أحكامه من شفعة وخيار وغيرهما.." (٢)

"وقسمة الأجزاء افراز في الأظهر في الحالتين التراضي **والإجبار** لأنه تبين فيها نصيب كل من الشركاء ولو كانت القسمة بيعا لما دخلها **الإجبار**.ويشترط في قسمة الرد الرضا لفظا بعد خروج القرعة لأنها بيع والبيع لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى التراضي في الأصح كقولهما رضينا بهذه القسمة أو قولهما رضينا بما

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٧٨/٣

(٢) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ١٦٦/٤

أخرجته القرعة لأن الرضا أمر خفي فأنيط بأمر ظاهر يدل عليه.ولو ثبت ببينة غلط أو حيف أي ظلم في قسمة إجبار نقضت القسمة فإن لم يكن بينة على الغلط أو الحيف وادعاه أي الغلط واحد من الشريكين على شريكه فله تحليف شريكه أي لا غلط أو أنه لا يستحق عليه ما ادعاه ولا شيئا منه فإن حلف شريكه مضت القسمة وإلا حلف المدعي ونقضت القسمة.ولو ادعاه في قسمة تراض بينهما بأن نصبا قاسما أو اقتسما بأنفسهما ورضيا بعد القسمة فالأصح أنه لا أثر للغلط ولذلك فلا فائدة لهذه الدعوى لتراضيهما على القسمة أصلا والرضا بها قلت: وإن قلنا إن قسمة التراضي قسمة إفراز نقضت تلك القسمة بادعاء الغلط فيها إن ثبت الغلط ببينة وإلا فيحلف شريكه والله أعلم كما مر في قسمة **الإجبار**.ولو استحق بعض المقسوم شائعا كالثلث أو الربع مثلا بطلت القسمة فيه أي البعض المستحق وفي الباقي خلاف تفريق الصفقة والأظهر فيه الصحة ويتخير كل من الشريكين.أو استحق من النصيبين شيء معين فإن كان المعين بينهما سواء بقيت القسمة في الباقي إذ لا يتراجع بين الشريكين وإلا يكن المعين بينهما سواء وذلك بأن اختص بأخذ النصيبين أو كان فيهما لكنه في أحدهما أكثر بطلت القسمة لأن ما بقي لكل واحد منهما لا يكون قدر حقه بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإشاعة.؟كتاب الشهادات ؟والشهادات جمع شهادة وهي اصطلاحا إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص والأصل فيها قبل الإجماع الكتاب والسنة.." (١)

" قراض ، فيتعين عليهم القبض قبل التسليم ، فيجبر المشتري وحده إن لم يكن نائبا أيضا . وإلا أجبرا معا . قوله : (بثمن في الذمة) أي وبعد لزوم العقد ، فلا إجبار في زمن الخيار . ولو خرج الثمن زيوفا فكما لو لم يقبض فلو تلف المبيع انفسخ العقد ، فعلم عدم جريان هذا الخلاف في السلم بخلاف الإجارة . قوله : (معينا) أي كالمبيع فلو كان الثمن معينا والمبيع في الذمة انعكس الحكم في القولين الأولين من الخلاف فيتخير المشتري على الأظهر ولا يتصور كونهما في الذمة . قوله : (سقط القولان الأولان) وهما إجبار البائع وحده أو المشتري وحده والثالث هو مقابل الأظهر وهو عدم إجبارهما وما في شرح شيخنا مما يخالف ذلك غير معول عليه فراجعه . قوله : (وإذ سلم البائع) أي عن جهة البيع لا لنحو وديعة إذ له الاسترداد حينئذ . قوله : (بإجبار) أي على الأظهر أو بدونه على مقابله فذكر المنهج لعدم **الإجبار** ليس في محله إذ لا يصح معه الفسخ والحجر وغيره مما سيأتي نعم هو صحيح بالنسبة لإجبار المشتري . قوله : (أجبر المشتري) على التسليم وليس للبائع بامتناعه الفسخ كعكسه . وحينئذ يصير المشتري

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ١٦٧/٤

محجورا عليه في أمواله الحاضرة . وإن جاز له الوفاء من غيرها فيجبره الحاكم على الوفاء منها إن لم يوف من غيرها . قوله : (إن حضر الثمن) أي حضر نوعه لأنه في الذمة . قوله : (معسرا بالثمن) بأن لم يكن له مال غير المبيع ، وإن كثرت قيمته فقوله فهو مفلس إنما ذكره توطئة لكلام المصنف ، وليس المراد به حجر الفلس . قوله : (بشرطه) وهو حجر الحاكم عليه فقط من غير نظر إلى زيادة دينه على ماله ، ولا إلى طلب وغير ذلك مما يأتي ، ولو كان محجورا عليه سابقا لم يحتج إلى حجر ، وحيث كان الحجر شرطا في الفسخ فلا يفسخ البائع قبله ، ولا يتوقف فسخه على إذن الحاكم بعده . قوله : (وماله بالبلد) أي

". (١)

" مستحقا إلا على القول : بأن الفسخ يرفع العقد من أصله وهو ضعيف . قوله : (لا كنجوم كتابة) فلا يصح ضمانها ، ومثلها ديون المعاملة التي للسيد على العبد ، وتقدم صحة الحوالة بنجوم الكتابة لا عليها ، وصحتها بديون المعاملة عليه وعليها ، وقد يفرق بأن هنا شغل ذمة فارغة فاحتيط له . قوله : (آيل إلى اللزوم) أي بنفسه وبذلك ، فارق جعل الجعالة . قوله : (وأشار الإمام إلخ) هو المعتمد وذلك بأن يكون الخيار للمشتري وحده . وما في الروضة وغيرها من صحته مطلقا مبني على مرجوح . قوله : (أما إذا منعه) أي الملك وهو ما إذا كان الخيار للبائع أو لهما على الراجح . قوله : (معلوما) ولو للضامن ، فقط جنسا وقدرا وصفة ، ومنها الحلول والأجل ، وقدره وعينه فلا يصح ضمان أحد الدينين ، زاد الغزالي كونه قابلا للتبرع به بخلاف قصاص ، وحد قذف وشفعة ولم يذكره الشيخان لما يرد على طرده ، كحق القسم فإنه لا يصح ضمانه مع صحة التبرع به ، وعلى عكسه من دين الله تعالى على مريض أو ميت معسرين ، فإنه يصح ضمانه مع عدم صحة التبرع به ، نعم قد يدفع حق القسم بأنه لا دين فيه . قوله : (فيشترط علمهما) أي إن كان في ضمن معاوضة كخلع وإلا فيكفي علم المبرئ فقط ، ويصح فيه التوكيل ، وإن لم يعلم الوكيل بالمبرأ منه ويكفي العلم بعد الإبراء حيث أمكن ، وجوده في الواقع فلو أبرأ من حصته من التركة ، وهو يعلم قدرها أو علم بها بعد ، عند قسمتها أو أبرأه من قدر معين ، أو من قدر لا يعلم نقصه عن دينه ، أو أبرأه ظانا حياة مورثه ، فبان ميتا أو من شيء يظن أنه ليس عليه ، فبان عليه صح الإبراء في جميع ذلك ، ودعوى الجهل بالمبرأ منه بعد الإبراء ، لا تقبل إلا بقرينة ظاهرة كبكر زوجت **بالإجبار** أو

---

(١) حاشية قليوبي، ٢/٢٧١

نحو نسيان . نعم لو أبرأ مدينه بعد استيفاء دينه منه ، ثم وجده زيوفا مثلا لم يصح الإبراء ، فيرجع به ولو أبرأه مما عليه بعد موته صح مع الجهل لأنه وصية ولو أبرأه من الدراهم التي عليه ، ولا يعلم قدرها برئ من ثلاثة لأنها أقل الجمع على المعتمد . فرع : يكفي في الغيبة الندم والاستغفار ، إن لم تبلغ المغتاب ولو بحضرة غيره أو تعذر استحلاله بموت ونحوه ، وإلا فلا

(١) ".

" قوله : (لم تزوج) خلافا للأئمة الثلاثة . قوله : (والجد إن علا) أي من جهة الأب كالأب إلا في جواز تولي الطرفين في الجد كما يأتي . قوله : (عند عدمه) أي عدم أهليته . قوله : (وسواء زالت البكارة إلخ) فالغوراء بكر مطلقا ومثلها من خلقت بغير بكارة . تنبيه : لو تعدد الفرج لم يزل **الإجبار** بالوطء في الزائد يقينا ، ولا في أحد المشتبهين للشك في زوال الولاية ويزول بالوطء في أحد الأصليين ، فلا بد من إذنها قاله شيخنا ويتجه في تزويجها في الثالثة اعتبار مهر بكر نظرا للأصلي الآخر ، ووجوب مهر بكر بالوطء فيه بل مع أرش بكارة ويتجه مثل ذلك في المشتبهين واعتبار إذنها احتياط نعم لا حد هنا بوطئها للشبهة فتأمل . قوله : (بوطء حلال أو حرام) وكذا وطء الشبهة والنائمة وقد يدخلان في الحلال على أن يراد به ما عدا الحرام . قوله : (فهي في ذلك كالبكر) أي من حيث بقاء **الإجبار** وإلا فالو اجب بوطئها مهر ثيب ومثلها الغوراء . قوله : (تمارس إلخ) هو للأغلب وإلا فنحو القرد كالرجل وممارسة الغوراء كعدمها . تنبيه : تصدق المرأة في دعوى بكارتها بلا يمين وكذا في ثيوبتها إلا إن ادعت بعد العقد أنها كانت ثيبا قبله فلا بد من يمينها وقال العلامة الخطيب يصدق الولي بيمينه هنا لئلا يلزم بطلان العقد ، ولا تسأل عن سبب زوال بكارتها ، ولو أقام الولي بينة ببكارتها قبل العقد لإجبارها قبلت ، ولو أقامت بينة بعد العقد أنها كانت قبله ثيبا لم يبطل العقد . قوله : (والموطوءة في الدبر كالبكر) وإن زالت بكارتها به ، وهذا تقييد للوطء الحرام السابق . تنبيه : لو أفضاها بالوطء في الدبر فإن لم تزل البكارة أو لم توجد صورة وطء في القبل فهي كالبكر أيضا ، وإلا فهي كالثيب وهذا ما ظهر فليراجع قوله : (ومن على حاشية النسب) ، أي فيها لا يزوج مجنونة ولو كبيرة ولا صغيرة ولو بكرا عاقلة . قوله : (الثيب البالغة) العاقلة ولو سفيهة أو سكرى بكرا أو ثيبا . قوله : (بصريح الإذن) أي بالنطق به من الناطقة وبالإشارة أو الكتابة من غيرها ، فإن لم يكن ذلك فهي كالمجنونة فلا يزوجها مطلقا ، ومن صريح النطق قولها : رضيت بما يفعله أبي أو

(١) حاشية قليوبي، ٢/٤٠٧

أمي أو أخي أو عمي ، أو رضيت بما يرضونه أو رضيت أن أزوج أو رضيت فلانا زوجا ، وأما إن رضي أبي مثلا فقد رضيت فليس إذنا . قوله : (إذا استؤذنت) أي في النكاح أما غيره مما يتعلق بالمهر فلا بد من التصريح به ولا عبرة بإذنها قبل استئذانها ، ولو رجعت قبل عقده لم يصح ، وإن لم يعلم برجوعها وأفتى شيخنا الرملي بصحة الإذن من المزوجة إذا أذنت للولي أن يزوجها إذا طلقت بخلاف ، إذن الولي لوكيل في تزويج البكر إذا طلقت قبل الدخول

".[1]

" للسلطان كالغائب ولو قال أهل الخبرة : إنه يدوم ثلاثا انتقلت الولاية للأبعد من أولها قاله شيخنا الرملي وقال شيخنا الزيادي : إنه كالغيبة فيما يأتي . قوله : (ولا يقدح العمى) لكن يوكل في قبض المهر فإن عقد به معينا صح النكاح بمهر المثل في الذمة ، وفي شرح شيخنا كابن حجر أنه لا يصح من الحاكم أن يولي الأعمى عقد الأنكحة لأنه من القضاء ، ونقل عن والد شيخنا الرملي صحة توليته . قوله : (فأشبه الصغر) ورد بصحة شهادته بما قبل العمى ، ومحل القولين فيما لو عقد بنفسه فإن وكل صح قطعا . تنبيه : تقدم ما يتعلق بعقد الأخرس . قوله : (ولا ولاية لفاسق) فإن تاب زوج في الحال على المعتمد عند شيخنا الرملي وأتباعه وينبغي الاكتفاء هنا بعزمه على وفاء الحقوق التي عليه ، وإن كان قادرا عليها فراجعه . قوله : (على المذهب) هو أحد القولين من الطريق الحاكية ويقابلها سبع طرق بجعل كلام الغزالي طريقة مستقلة . قوله : (لأن الفسقة) أي الذين طرأ فسقهم . قوله : (وأفتى الغزالي إلخ) وردوه بأن الحاكم تنفذ أحكامه للضرورة . قوله : (وهو الصحيح) وهو المعتمد . قوله : (بناته) أي ولو **بالإجبار** في الأبكار ، وعلى هذا فقول شيخنا لا بد من إذنهن نطقا فيه نظر ومحل ذلك ما لم يكن لهن ولي خاص أقرب منه ، وكذا بنات غيره . قوله : (بالولاية العامة) يفيد أنه انعزل عن الولاية الخاصة ، وعلى هذا فلا حاجة لاستثنائه مما قبله لأن غيره كذلك ، وقد يقال : إن ولايته العامة سبب في بقاء الولاية الخاصة له بدليل ما مر من تزويجه بناته **بالإجبار** فصح الاستثناء نعم ينبغي أنه إذا كانت الأم هي الإمام الأعظم فلا بد من إذن بناتها لها نطقا كما هو واضح . قوله : (أو إصرار على صغيرة) أي ما لم تغلب طاعاته كما مر . قوله : (فإن المستور يلي) هو المعتمد ، وفيه بحث دقيق مع ما مر ، بقوله أعلن بفسقه أو أسره . قوله : (الحرف الدنيئة) المخلة بالمروءة . قوله : (يلون كما رجح في الروضة القطع به) وهو المعتمد

---

(١) حاشية قليوبي، ٣/٢٢٤

وحيث قلنا الفاسق لا يلي انتقلت الولاية للأبعد إن كان بلا خلاف . قوله : (ويلي الكافر الكافرة) وإن زوجها لمسلم أو كانت عتيقة مسلم ، وفارق عدم صحة شهادته بأنها ولاية محضة وفي التزوج حق لنفسه بنحو دفع العار . قوله : (إذا لم يرتكب إلخ) هذا أولى من قول غيره عدل في دينه لأن المعتبر عدم الفسق لا العدالة كما في المسلم كما تقدم ويعرف أنه كذلك بإخبار عدد متواتر منهم ، أو بشهادة اثنين أسلما منهم كانا يعرفانه . قوله : (ولا يلي إلخ) يفيد أن ذلك في غير التزويج بالملكية لما سيأتي من صحة تزويج السيد المسلم أمته الكافرة ، ووليه أي السيد ولو أنثى مثله ولا يزوج الكافر أمته المسلمة . قوله : (فإن فقد) أي الولي الخاص في المسألتين

" .(١)

" إلخ) أي ولم تعين زوجا وإلا فلا بد في صحة عقد الحاكم لها من إثبات طلاقه بخلاف غير الحاكم . قوله : (أصحهما الأول) وهو العمل بقولها وهو المعتمد ويندب تحليفها على ما ادعته وعلى أنها لم تأذن للولي أن يزوجها في غيبته إن توقف على إذنه وعلى أنه لم يزوجها في الغيبة ، وللحاكم تأخير عقده ليظهر له الأمر حيث رآه مصلحة لما فيه من الاحتياط ، ولو زوجها الحاكم لظن بعده فبان قريبا أو عكسه اعتبر الواقع فيبطل في الأول دون الثاني . . قوله : (وللمجبر) وهو الأب وإن علا في البكر ولو حكما والمجنونة كما سيذكره بعد . قوله : (بغير إذنها) بل وإن نهته عنه ، وينعزل وكيله بغير إذنها بزوال بكارتها لزوال الإجبار على المعتمد . قوله : (لاختلاف الأغراض إلخ) وقياسا على توكيل الزوج المشترط فيه تعيين الزوجة للوكيل كفلانة ، وفرق بأن الوكيل فيها مقيد بالكفء ونحوه بخلاف الزوج ، نعم يكفي تعميم الزوج للوكيل كزوجني من شئت بخلاف زوجني امرأة . قوله : (الاختبار) هو بالباء الموحدة وكذا اختباره المذكور بعده . قوله : (بأن شفقة الولي إلخ) أي فدعوى الثاني عدم شفقة الولي ممنوعة أو أنها نادرة بجعل قد للتقليل فلا يعول عليها فتأمل . قوله : (فلا يزوج غير كفء) ولا كفؤا مع طلب أكفأ منه ويقدم في المستوين الموسر منهم ، ومتى خالف في شيء من ذلك لم يصح العقد بخلاف قلة المهر ، وكثرته فمخالفته لا تبطل العقد لأنه يرجع إلى مهر المثل إن كان المسمى دونه والأصح بالمسمى . قوله : (كالوصي والقيم) هو مرجوح والمعتمد أنهما كالوكيل لأن تصرفهما بالتوكيل لا بالولاية بخلاف وكيل الولي لكن المعتمد هنا جواز التوكيل منهما ، ولو عينت للولي زوجا وجب تعيينه للوكيل ، وإلا فسد التوكيل والعقد

---

(١) حاشية قليوبي، ٣/٢٢٨

. قوله : (قبل استئذانها) الأولى إذنها . قوله : (لم يصح) نعم يصح من الحاكم أن يوكل من يزوجها قبل إذنها له لأنه استخلاف . قوله : (لأنه إلخ) فهو في غير المجبر كما مر . قوله : (ولا يزوج الوكيل) أي على الثاني . قوله : (ولا يكفي) أي على الثاني أيضا . قوله : (وقال ابن الرفعة) هو مرجوح على الثاني . قوله : (في الأصح) هو المعتمد . قوله : (لم يصح الإذن) نعم إن دلت قرينة على أن منعها له لنحو شفقة عليه ، فهو كالذي قبله فيصح . تنبيه : من التوكيل لفظ الإذن منها ، ولو معلقا كأذنت لك في تزويجي ، أو إذا طلقني زوجي وانقضت عدتي فزوجني ولا يصح مثل ذلك من الولي للوكيل . قوله : (بنت فلان) وإن لم يقل من موكلي نعم إن لم يعلم الزوج أو الشهود بالوكالة وجب ذكرها أو إعلامهم بها . قوله : (فلانا) وإن لم يقل موكلك نعم لو لم يعلم نسب الزوج وجب إنشاده ، وتثبت الوكالة بقول مدعيها حيث اعتقد الشهود والزوج أو الولي صدقه ، وليقل وكيل الولي لوكيل الزوج زوجت بنت فلان فلانا .

". (١)

" لو أقر الولي برضاع محرم بين موليته والخاطب ثم رجع فله تزويجها منه ويجبر عليه ويصير عاضلا إن امتنع قاله البغوي والقاضي الحسين . قوله : (بإقراره) وينفسخ النكاح ظاهرا وباطنا إن صدقه الآخر وإلا فظاهرا فقط ، قوله : (بشرط الإمكان) أي حسا وشرعا ولم يذكر المحترز الشرعي قال ابن حجر وغيره لعله لعدم تصوره هنا فراجعه . قوله : (زوجان) وإن قضت العادة بجهلهما لشروط الرضاع ، قوله : (وسقط المسمى) إن لم يكن الرضاع مضافا لما بعد الوطء وإلا وجب ، قوله : (ووجب مهر مثل) إن لم تكن عالمة وإلا فلا شيء لها قوله : (انفسخ) وإن كذبته المرأة المنسوب إليها الرضاع . قوله : (ولها المسمى إلخ) أي إن كانت معذورة ، قوله : (ولزمه مهر المثل) إن لم تكن مفوضة وإلا فالمتعة فقط . قوله : (صدق بيمينه) فدعواها مسموعة وإن لم تذكر عذرا خلافا لما في الروضة وتبقى الزوجية وعليها الامتناع إن كانت صادقة ، وعليه مؤنتها على المعتمد لاستمتاعه بها . نعم إن امتنعت من الذهاب إلى محل طاعته فلا نفقة أي ما لم يستمتع بها كما في شرح شيخنا الرملي ، قوله : (برضاها) ولو بسكوتها في البكر قال العلامة البرلسي والصورتان هما رضاها وعدمه ، قوله : (منه) خرج به ما لو كان إذنها لغير معين ، فهو كما لو زوجت بغير رضاها ، قوله : (فإن مكنته) أي عالمة لا لنحو ظلمة ، قوله : (مهر مثل) إن لم تكن قبضت المسمى لم يسترد منها ، قوله : (عملا بقولهما فيما تستحقه هكذا) في المنهج

---

(١) حاشية قليوبي، ٣/٢٣٠

وغيره وهو الصواب بمعنى أنه عمل بإقرارها فسقط المسمى الذي يستحقه ، وفي نسخة فيما لا تستحقه بزيادة لا وقد يوجه بأن الرضاع لا يصح معه النكاح ، فلا يستحق معه المهر وقد أقرت بذلك . فرع : لو أقرت رقيقة بأخوة بينها وبين سيدها ولو قبل ملكه لها لم تقبل على المعتمد أو بمصاهرة ، كأن كانت زوجة أبيه ، ولو قبل ملكه أيضا قبلت كالرضاع ما لم يسبق منها تمكين له بلا عذر ، قوله : (رجلا كان أو امرأة) راجعان لمنكره ومدعيه ولا يضر في العموم عدم تصور الحلف من الزوج المدعي له أو عدم الرد عليه لأنه معلوم مما تقدم في مؤاخذته بإقرار والمراد في الجملة فلا ترد أيضا وتصوير شيخنا الرملي له في الدعوى بما لو ادعى حسبة على غائب بينه وبين زوجته رضاع محرم ، فإنه يحلف مع البينة يمين الاستظهار على البت وفي الرد بما لو زوجت بالإجبار ولم يسبق منها مناف ثم ادعت رضاعا محرما وردت اليمين على الزوج تكلف غير محتاج إليه مع أن المدعي حسبة لا يمين عليه فراجعه . قوله : (فعل الغير) ولا نظر للارتضاع لأنه كان في الصغر قوله : (لاختصاص النساء إلخ) منه الشهادة أن هذا من لبن فلانة نعم لا

". (١)

" قوله : (من يمر بهم) بحيث يسمى مسافرا وليس عاصيا بسفره ، قوله : (من المسلمين) قيد للندب لا للجواز ويحمل إطلاق المار على المسلم سواء كان مسافرا لديارهم أو عكسه وسواء كان العقد بدارنا أو دارهم ، قوله : (زائدا على أقل جزية) وهو الدينار فلا يجوز كونه منه إذا أمكنت من غيره . ، قوله : (وجنس الطعام) ومنه الفاكهة والحلوى ونحوهما في كل زمان على العادة ، ويلزمهم أجرة طبيب وثمن دواء ، قوله : (وعلف الدواب) أي جملتها أو لكل واحد واحد مثلا ، ويحمل الإطلاق عليها وهم في الجملة يوزعون فيما بينهم أو يتحمل بعضهم عن بعض ، وله أن يقارب بينهم في القدر كأن يجعل على واحد عشرة وعلى آخر دونها ، قوله : (ومنزل الضيفان) ويشترط عليهم رفع بابه ليدخله الفارس راكبا مثلا ، قوله : (ولا يجاوز ثلاثة أيام) ندبا وعليهم أن يعطوا الضيف عند رحيله كفاية يوم وليلة ، ولو لم يأتهم ضيفان لم يلزمهم بدل الضيافة إلا إن شرط عدد مثلا في يوم وفات ذلك اليوم بغير ذلك العدد . قوله : (أيلة) بفتح الهمزة واللام وبينهما تحتية ساكنة وآخره هاء هو اسم للموضع المعروف بالعقبة من منازل الحج المصري ، وهو المراد من القرية في قول الله تعالى : ﴿ واسألهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر ﴾ الآية ، وأما إيلياء بكسر الهمزة واللام وبينهما تحتية وآخره ياء مفتوحة بعدها همزة ممدودة فهو بيت

(١) حاشية قليوبي، ٤/٦٩

المقدس . قوله : (كالخبز والسمن) والزيت ونحوها لا ذبح دجاج ونحوه ، قوله : (والعلف كالتبن والحشيش) والقت ولا يحتاج إلى ذكر قدره ، قوله : (وإن ذكر الشعير) هذا مستثنى من ذكر القدر أي لا يحتاج إلى ذكر القدر في شيء من أنواع العلف إلا في الشعير ، إذا ذكره قال شيخنا لكونه من الحبوب المكيلة وينبغي أخذا من العلة أن الفول ونحوه كذلك ، قوله : (ولا يخرجون أهل المنازل منها) فيحرم ومتى امتنعوا من شيء مما شرطه عليهم مما ذكر انتقض عهد الممتنع منهم إلا إذا أمكن الأخذ منه بالإجبار . قوله : (ومقامهم بضم الميم أوله اسم زمان أي مدة إقامتهم) احترز به عنه بفتح الميم فإنه اسم مكان الإقامة وهو مستغنى عنه بقوله ومنزل الضيفان إلخ ، قوله : (باسم صدقة) أي باسم زكاة لأنه المراد فللإمام إجابتهم جوازا قوله : (فتسقط عنهم الإهانة) أي لا يطلب فيمتنع فعلها على القول بها السابق قوله : (ويضعف عليهم) مرة ومرتين وأكثر بقدر إمكانه نعم لا يضعف زكاة الفطر وسيأتي وجوب التضعيف إذا لم يف الأصل بالدينار ، قوله : (كما فعل) أي أخذ كذلك عمر رضي الله عنه ، ولم يخالفه أحد فصار إجماعا ، قوله : (وخمس المعشرات) فيما يكون واجبه العشر وعشرها فيما واجبه نصف العشر . قوله : (لم يضعف الجبران) لأنه خلاف قياس ولئلا يكثر التضعيف ولأنه يؤخذ منا ومنهم ، فلو ملك ستا وثلاثين بعيرا ليس فيها بنتا لبون أعطى لنا بنتي مخاض ومع كل واحدة شاتين أو عشرين درهما ، أو أعطى حقتين لنا وأخذ منا لكل واحدة ما ذكر وهذا يقتضي .

". (١)

" ذلك البناء قبل نقضهم العهد كما في العباب ، ويبنى ولو قبل بلوغهم مأمنهم والصلح على إحداث ذلك باطل ، والكنيسة معبد اليهود والبيعة معبد النصارى ، وقد انعكس العرف فيهما والكلام هنا ، وما يأتي فيما ليس لنحو نزول المارة ، قوله : (أو أسلم أهله عليه) كلهم أو المعتبر منهم ، قوله : (كاليمن) قال شيخ الإسلام والمدينة وهو مثال لما أسلم أهله عليه من حيث الإسلام وإلا فهم ممنوعون من الحجاز مطلقا كما مر ، قوله : (وما يوجد في الأول) وفي الثاني بالأولى لا ينقض إلا إن عرف أيضا ، قوله : (وما فتح عنوة) كمصر وأصبهان والمغرب ومثله ما فتح صلحا مطلقا من غير شرط كون الأرض لنا أو لهم أو بشرط كون الأرض لنا مع السكوت عن إحداث ، وإبقاء فلا يجوز فيه الإحداث ولا يقر على الموجود ، قوله : (جاز) أي الإحداث والإبقاء قال شيخنا الرملي بشرط وجود ضرورة وإلا فلا يجوز ، قوله : (أي

---

(١) حاشية قليوبي، ٢٣٤/٤

لم يشترط إبقاؤها) وكذا إحداثها وإنما لم يذكره لمراعاة كلام المصنف ، قوله : (فالأصح المنع) أي من الإبقاء ومن الإحداث بالأولى كما مر ، والحاصل أنه لا يجوز الإبقاء ولا الإحداث إلا فيما فتح صلحا بشرط كون الأرض لهم مطلقا ، أو لنا مع شرط ذلك . فرع : قال الزركشي وإذا حرم إبقاؤها أو إحداثها لم يحرم علينا دخولها بغير إذنهم ا هـ وفيه نظر لأن البناء ملك لهم ، واستعماله حرام فإن حمل عدم الحرمة على جواز اشتغال الأرض التي ليس عليها نحو بلاط لهم فواضح فراجعه . قوله : (قررت) يشير إلى أن المراد بالجواز المذكور إقرارهم على ذلك ، وإلا فهو من المعاصي ولو تعدد الفتح واختلف الشرط كبيت المقدس اعتبر الأول ، . قوله : (ويمنعون) أي ابتداء أخذا من ذكر البناء وكذا الإعادة بعد الهدم على المعتمد ، فخرج ما لو استأجره أو اشتراه ممن جاز له الرفع لأنه دوام والروشن كالبناء ، لكن يمنع فيهما من إشرافه وأولاده على المسلمين حتى يجعل مانعا ، ولو نحو بناء حاجز مرتفع فوق البناء ولم يمنع منه هنا لأنه لمصلحتنا فتأمل . قوله : (من رفع بناء) أي زيادة على قدر كفايته وإلا جاز له للحاجة إليه ، قوله : (جاز) المراد به أهل محلته وملاصقه ، قوله : (وإن رضي) لأنه لحق الإسلام ولذلك لا يسقط هدمه بوقفه ولا يبيعه لكافر مطلقا ولا لمسلم وإن حكم حاكم بمنع هدمه على المعتمد . نعم يسقط الهدم بإسلامه ويرفع بناء المسلم عليه بعده ، قوله : (بمحلة منفصلة عن العمارة) أي عمارة المسلمين بحيث لا يكون منهم إشراف على المسلمين ولا مجاورة عرفا . . قوله : (ويمنع) وجوبا الذمي أي الكافر ولو معاهدا هذا ومؤمنا الذكر المكلف بخلاف غيره من ركوب خيل ، ولو في محله انفردوا بها ويمنعون وجوبا مطلقا من الركوب في زحمتنا ومن حمل السلاح ومن التختم ولو بفضة ومن استخدام المماليك ومن استخدام المسلم ومن خدمتهم للأمراء ولو بالرضا ، قوله : (ويركب) أي ويؤمر وجوبا بركوبه بإكاف إلخ ، وبركوبه عرضا سواء في طويل السفر وقصيره ونقل عن شيخنا الرملي جواز الركوب بغير العرض في الطويل ، قوله : (لا حديد إلخ) فيحرم تمكينه من ذلك لمن قدر عليه من المسلمين . قوله : (ويلجأ) وجوبا فيحرم إيثاره به لمن قصد تعظيمه وإلا فلا ، . قوله : (فيه مسلمون) ولو واحدا قوله : (جعل) وجوبا وكونه في عنقه مثلا أولى من نحو يده ، قوله : (بفتح الراء) قال شيخنا الرملي وكسرها من لحن العوام فراجعه ، قوله : (أي الخاتم) يفيد أن نحوه معطوف على خاتم وهو مرفوع كما يدل عليه عبارة المحرر ، بكون جعل مبنيا للمفعول أو منصوبا بكونه مبنيا للفاعل ويجوز جره عطفا على حديد أو رصاص ، قوله : (وقولهم بالنصب) أي عطفا على شركا وعود ضمير الجمع بعد الإفراد سائغ ، ولا يجوز فيه الجر عطفا على إسماع لأن القول من غير إسماع لا يمنعون منه . نعم لو جر عطفا على ضمير إسماع المضاف جاز

ولا يضر عدم إعادة الجار الذي أوجبه الجمهور ، لأن المصنف لا يوجبه كشيخه ابن مالك . قوله : (في عزير والمسيح) أي بأنهما ابنان لله مثلا وقالت اليهود عزير بن الله وقالت النصارى المسيح بن الله ، قوله : (وناقوس) مجرور عطفا على خمر أي من إظهاره وهو آلة من نحو خشب تضرب بها النصارى لإعلام وقت صلاتهم مثلا ، قوله : (وعيد) مجرور عطفا على خمر أي من إظهاره وكذا نحو لطم ، ونوح وقراءة نحو توراة وإنجيل ولو بكنائسهم ولا يمنعون مما يتدينون به من غير ما ذكر ، كفطر في رمضان وإن حرم عليهم من حيث تكليفهم بالفروع ، وبذلك حرم بيع المفطرات لهم فيه لمن علم ولو بالظن أنهم يتعاطونها نهارا لأنه إعانة على معصية قوية على الدلالة بالتهاون بالدين ، وبذلك فارقت دخولهم المساجد ، قوله : (أظهروها) بأن اطلع عليها المسلمون من غير تجسس ، قوله : (لم ينتقض العهد) ففائدة الشرط الإرهاب والتخويف ، . قوله : (ولو قاتلونا) أي بلا شبهة كما مر في البغاة قوله : (انتقض عهدهم) أي عهد من قاتل منهم وكذا من امتنع من إجراء الأحكام عليه ، أو من امتنع منهم عن الجزية ، نعم من أمكن أخذ الجزية منه بالإجبار لم ينتقض عهده كما تقدم وهو في الروضة ، قوله : (ولو زنى ذمي بمسلمة) أو لاط بمسلم قوله : (أي باسمه) أي النكاح أي بلفظه من إنكاح أو تزويج ، والتأويل باسمه لدفع إيهام صحته ، ومحل النقض فيه لمن كان عالما بامتناعه ، قوله : (ودعا إلخ) عطف تفسير ، قوله : (أو ذكر رسول الله) أي واحدا من الرسل أو نبيا أيضا أو القرآن أو قتل مسلما عمدا أو قذفه ، قوله : (فالأصح) هو المعتمد قوله : (إنه إن شرط إلخ) أي وعلما وجود الشرط يقينا فإن شك فلا نقض وسواء قلنا بنقض عهده ، أو لا يقام عليه موجب ما فعله من حد أو تعزير ، . قوله : (جاز دفعه وقتاله) هو عطف تفسير وهو جواز بعد المنع فهو واجب لأن المعتمد وجوب قتله ، ولا يبلغ المأمن وظاهر أنه لا يجاب لو طلب تجديد عهده فراجعه . قوله : (لم يجب إلخ) وفارق الهدنة بأنها محض أمان وفارق بلوغ من أمنه صبي إلى مأمنه لأنه يعتقد لنفسه أمانا ، قوله : (بل يختار إلخ) ما لم يطلب تجديد عهده وإلا وجبت إجابته ، قوله : (ومعلوم إلخ) وحينئذ يتعين المن عليه فقط ، . قوله : (بلغ المأمن) لأنه لم يوجد منه ناقض ولا خيانة ومأمنه دار الحرب المشار إليها بقوله ما يأمن فيه أي على نفسه وماله وغيرهما ، ومن له مأمنان اعتبر مسكنه منهما فإن سكنهما تخير الإمام . باب الهدنة من الهدون وهو السكون بسكون القتال بسببها ففيها شبه بالجزية والأمان كما مر ، وتسمى مهادنة ومسالمة ومعاهدة وموادعة وأصلها الجواز وقد تجب ، قوله : (هي) أي شرعا وأما لغة فما مر أو مطلق المصالحة ، قوله : (إمام) أي لأهل العدل فلا يعقدها إمام البغاة فلو عقدها لمن ظنوا صحتها منه بلغوا المأمن كما لو عقدها الآحاد ، قوله : (ونائبه

فيها) أي في عقدها ولو بالعموم قوله : (ولبلدة) أي يجوز لوالي الإقليم أن يعقدها لأهل بلد وكذا الإقليم بقدر الحاجة على المعتمد ، قوله : (في الرجاء والبذل) وكذا في إعانتهم لنا أو عدم إعانتهم علينا أو بعد دارهم ، قوله : (كما في المحرر) دفع به توهم عود الضمير للرجاء والبذل ، قوله : (بلا عوض) أو معه . . قوله : (أربعة أشهر إلخ) هذا في حق الرجال وأما النساء ونحوهن والأموال فيجوز عقدها لهما مؤبدا ، قوله : (فقط) فلا يجوز أكثر من العشر ولو في عقود متعددة فإن احتيج بعد فراغ عقد جدد عقد آخر ، قوله : (وفي الروضة إلخ) هو المعتمد قوله : (وأظهرهما) هو المعتمد ولو دخل إلينا كافر بأمان لسماع كلام الله تعالى واستمع في مجالس لم يمهل أربعة أشهر لحصول غرضه بدونها ، . قوله : (لا سنة إلخ) ومن المفسد شرط اقامتهم بالحجاز أو دخولهم الحرم قوله مال المسلمين فصل اللام يقتضى أن المراد المال المضاف للمسلمين ووصلها يقتضى خلافه وعبارة المنهج مالنا والظاهر منه أ ما اسم موصول أى الذى للمسلمين من مسلم ومال وغيرهما كرد مسلم أفلت منهم فاللام في مالنا على الأول جزء كلمة وعلى الثاني حرف جر وهو الأنسب لعمومه لما تقدم فتأمله ، قوله : (أو بدفع مال اليهم نعم ان دعت ضرورة كفك أسرى يعذبونهم أو خوف استئصالهم لنا جاز بل وجب دفعه اليهم لكن لا يملكونه والعقد فاسد ومحل ندب فك الأسرى في غير المعذبين والا فواجب وحمل بعضهم الوجوب على الامام والندب على غيره فيه نظر قوله معطوف على بدون لا على دينار لأن العقد حينئذ صحيح قوله وسيأتى إلخ . قوله : (أن ينقضها الإمام) وكذا ذكر عدل ذو رأي في الحروب ولإمام حادث بعد الأول نقضها إن فسدت بنص ، أو إجماع وبذلك علم أنها لا تنقض بموت الإمام ولا بعزله ، قوله : (متى شاء) ولا يجوز أن يشاء أكثر مما يصح العقد به ابتداء ، ولا تصح مع متى شاء الله أو غيره إلا ما تقدم ، . قوله : (وجب الكف) أي كف أذانا وأذى أهل العهد لا الحربيين ولا بعضهم عن بعض ، قوله : (أو مكاتبة أهل الحرب) أو إيوائهم وإن لم يشرط في العقد ، قوله : (قتل مسلم) أو ذمي بدارنا أو سب الله أو نبي له من أنبيائه عليهم الصلاة والسلام ، قوله : (ومما تنقضي إلخ) فهو من أفراد كلام المصنف وكالإمام المعين السابق . ، قوله : (انتقضت) وإن لم يعلموا بالناقض ، قوله : (بعضهم) سواء أميرهم أو غيره ، قوله : (لإشعار إلخ) وفارق مثل ذلك في الجزية لقوتها وكذا في المسألة بعدها ، . قوله : (المأمن) ومن له مأمن أن يعتبر مسكنه منهما ، فإن سكنهما تخير الإمام فيهما كما مر ، قوله : (ولا يجوز شرط رد مسلمة) خرج شرط رد مسلم سواء قيده بذكره ، أو أطلقه فلا يفسد العقد كما سيذكره ، وخرج شرط رد كافر أو كافرة فلا يفسد بالأولى ، قوله : (تأتينا) وكذا لو أسلمت عندنا بعد مجيئها من عندهم ، قوله : (وسواء الحرة والأمة) والواضحة

والخنثى ، قوله : (فلا تكرار) أي على ما هنا وفي الروضة التعبير في هذه بالصحيح أيضا فهو مكرر مع قوله ، ولا يجوز شرط رد مسلمة تأتينا ، أو أسلمت عندنا كما مر . ولا يجوز ردها إليهم وإن جنت بعد إسلامها أو شككنا في جنونها هل هو بعد إسلامها أو قبله ، ولو كانت كافرة وجنت ووصفت الكفر ثم أفاقت ردت إليهم ، . قوله : (الصادق إلخ) أي الأمر محتمل للوجوب ولعدمه وهذا العدم موافق للأصل الذي هو براءة الذمة وهو يصدق بالندب ورجحوا هذا الندب ، لما ذكره فالصادق نعت سببي للندب ، وضمير به عائد إليه ، وعدم فاعل بصادق والموافق نعت لعدم والضمير في رجحوه عائد للندب فتأمل .

". (١)

" رءوسه ومعياره الوزن قاله شيخنا وتصح قسمة الثمر على الشجر من نخل وعنب خرصا ولو منصفا ، ولا يصح قسمة غيرهما وشملت الأرض شركة الوقف ولو مسجدا فتجوز قسمتها معه في هذا النوع دون غيره على المعتمد . قوله : (فيجبر الممتنع) ولو في شركة الوقف قوله : (ويكتب) مثلا فنحو عصا وحصى كذلك . قوله : (مستوية) ندبا . قوله : (من لم يحضرها) والأولى كونه صبيا لبعد التهمة وله كغيره البداءة بأي نصيب أو شريك شاء كما سيذكره . قوله : (ويحترز) أي وجوبا . قوله : (وهو) أي التفريق يحصل في البداءة بصاحب الأقل قوله : (أعطيهما والثالث) ويقرع بين الآخرين إن خرج على اسمه الثالث أعطيه ، واللذين قبله أيضا وأقرع بين الآخرين ، وكذا إن خرج باسمه الخامس أعطيه ، واللذين قبله أيضا وتعين الأخير لصاحب السدس وللآخر الأولان كذا في شرح الروض واعترضه الإسنوي ، واعتبر كغيره نظر القاسم فيما يضم في الصورتين ولو بدأ بصاحب السدس على خلاف ما منع منه ، فخرج على اسمه الثاني ، أو الخامس لم يعطه وتعاد القسمة أو غيرهما أعطيه وعمل في الآخرين بقياس ما مر . قوله : (أعطيه) أي الرابع وأعطي معه الخامس ولا يعطى معه الثالث للزوم التفريق وإن خرج على اسمه الخامس فعلى قياس كلام الشيخين من مراعاة القبلية أعطي معه الرابع وعلى كلام غيرهما ، يرجع لنظر القاسم فإن ظهر له إعطاء السادس معه أعطيه وأقرع بين الباقين وهكذا . قوله : (وفي كتابة الأسماء) وهي الأول لأنه ليس فيها اجتناب شيء . قوله : (أو ست) منها ثلاثة باسم زيد واثنان باسم عمرو . . قوله : (بحسب قوة إنبات وقرب ماء) أو في جانب منها عنب وفي الآخر نخل أو فيه بئر وفي الآخر شجر ولم تستو القيمة في ذلك . قوله : (ويجبر الممتنع إلخ) ولا يمنع من **الإجبار** الاشتراك في نحو الممر ولا في نحو

---

(١) حاشية قليوبي، ٢٣٦/٤

سطح بين سفل وعلو ، ولو أمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده بلا إجبار قوله : (بحسب المأخوذ) هو المعتمد كما تقدم . قوله : (فلا إجبار إلخ) أي ولا قسمة أيضا فإن تراضيا بها فهي بيع كما قاله الماوردي . قوله : (من نوع أجبر الممتنع) أي إن زالت

---

(١) ".

" الشركة ومنه نحو دكاكين صغار متلاصقة ، وإن اختلفت قيمتها ومنه منفعة أرض استحقها جماعة ، ولم يرضوا بالمهايأة ومنه شجر في أرض مملوك دون أرضه ، وليس لهم منفعة الأرض وإلا فلا إجبار . فرع : يصح قسمة المنافع المملوكة ولو بوصية مهايأة ولو مسانهة ولا إجبار فيها ولا تصح بغير المهايأة ، فإن اتفقوا عليها وتنازعوا في البداءة أقرع بينهم ولكل منهم الرجوع متى شاء ، ومن استوفى زائدا على حقه لزمه أجرة ما زاد على قدر حصته من الرأس ، وإن امتنعوا من المهايأة أجر الحاكم العين وقسم الأجرة بينهم ولا تصح قسمة الديون في الذمم ، ولو بالتراضي وكل من أخذ منها شيئا لا يختص به ، كذا قالوا هنا فانظره مع قولهم إن محل عدم الاختصاص في ثلاث مسائل ، فيما يأخذه أحد الورثة من الدين الموروث ، وفيما يأخذه أحد سيدي المكاتب من نجوم الكتابة وفيما يأخذه أحد الموقوف عليهم من ريع الوقف عليهم فراجع وحرر . ولا تصح قسمة وقف بين أربابه . نعم إن كان على سبيلين جاز . قوله : (لا يمكن قسمته) أي وليس في الجانب الآخر ما يعادله . قوله : (وهو بيع) فتثبت فيه أحكامه من شفعة وخيار وغيرهما . قوله : (وفيما سواه إلخ) أي ففيه طرق وفي ذلك اعتراض على المصنف بعدم ذكر الخلاف في القسمين . قوله : (بيع) أي في غير ما دخله الإجبار منها كما مر ، قوله : (ولا يشترط فيها) أي في القسمة بأنواعها لفظ البيع . . قوله : (الرضا) أي باللفظ كما يأتي . قوله : (بعد خروج القرعة) ولا يعتبر له مجلس ولو تراضوا بلا قرعة كأن رضي واحد بأحد جانبين ، وواحد بجانب آخر أو رضي واحد بأخذ النفيس والآخر بالخسيس أو نحو ذلك لم يحتج إلى رضا أصلا . قوله : (مما هو محله) وهو قسمة التعديل والإفراز قوله : (أصرح إلخ) أي لإيهامه اجتماع التراضي والإجبار وهو فاسد وهو أصرح من عبارة الروضة المذكورة أيضا . قوله : (قسمة الإجبار) أي القسمة التي وقعت بالإجبار بالفعل . قوله : (وإذا تراضيا) أي بالقسمة بقاسم يقسم بينهما فما هو محل الإجبار . قوله : (أظهرهما الاشتراط) أي اشتراط الرضا باللفظ بعد القرعة وهو المعتمد وفيه اعتراض على المصنف في تعبيره بالأصح . تنبيه : حيث قلنا

---

(١) حاشية قليوبي، ٣١٧/٤

القسمة بيع اشترط فيها شروط البيع كالقبض في المجلس للربوي ، وامتناع قسمة الرطب منها بفتح الراء وغير ذلك

." (١)

"كالملتزم بالنذر

والثاني أنه حق للبائع فعلى هذا للبائع المطالبة به قطعا

وإن قلنا إنه لله تعالى فللبائع المطالبة به أيضا على الأصح

وإذا أعتقه المشتري فالولاء له بلا خلاف سواء قلنا الحق لله تعالى أم للبائع لأنه أعتق ملكه

فإن امتنع من العتق فإن قلنا الحق لله تعالى أجبر عليه

وإن قلنا للبائع لم يجبر بل يخير البائع في فسخ البيع

وإذا قلنا **بالإجبار** قال في التتمة يخرج على الخلاف في المولى إذا امتنع من الطلاق فيعتقه القاضي على قول ويحبسه حتى يعتق على قول

وذكر الإمام احتمالين

أحدهما هذا

والثاني يتعين الحبس

فإذا قلنا العتق حق للبائع فأسقطه سقط كما لو اشترط رهنا أو كفيلا ثم عفا عنه

وعن الشيخ أبي محمد أن شرط الرهن والكفيل لا يفرد بالإسقاط كالأجل فلو أعتق المشتري هذا العبد عن الكفارة فإن قلنا الحق لله تعالى أو للبائع ولم يأذن لم يجز

وإن أذن أجزأه عنها على الأصح

ويجوز استخدامه والوطء والإكساب للمشتري

ولو قتل كانت القيمة له ولا يكلفه صرفها إلى عبد آخر ليعتقه

ولو باعه لغيره وشرط عليه عتقه لم يصح على الصحيح

ولو أولد الجارية لم يجزئه عن الإعتاق على الصحيح

ولو مات العبد قبل عتقه فأوجه

---

(١) حاشية قليوبي، ٣١٨/٤

أصحها ليس عليه إلا الثمن المسمى لأنه لم يلتزم غيره

والثاني عليه مع ذلك قدر التفاوت بمثل نسبته من الثمن

والثالث للبائع الخيار إن شاء أجاز العقد ولا شيء له وإن شاء فسخ ورد ما أخذ من الثمن ورجع بقيمة العبد

والرابع ينفسخ

ثم إن هذه الأوجة مفرعة على أن العتق للبائع أم مطردة سواء قلنا له أو لله تعالى فيه رأيان للأمام أظهرهما الثاني

قلت وهذا الثاني مقتضى كلام الأصحاب وإطلاقهم

والله أعلم

ولو اشترى عبدا بشرط أن يدبره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر

." (١)

"السادسة إن باع بشرط نفي خيار المجلس فثلاثة أوجه سنذكرها قريبا إن شاء الله تعالى

أحدها يصح البيع والشرط

فعلى هذا تكون هذه الصورة مستثناة هذا حكم المبيع بأنواعه

ولا يثبت خيار المجلس في صلح الحطيطة ولا في الإبراء ولا في الإقالة إن قلنا إنها فسخ وإن قلنا إنها بيع ففيها الخيار

ولا يثبت في الحوالة إن قلنا إنها ليست معاوضة وإن قلنا معاوضة فكذا أيضا على الأصح لأنها ليست على قواعد المعاوضات

ولا يثبت في الشفعة للمشتري وفي ثبوته للشفيع وجهان

فإن أثبتناه فقيل معناه أنه بالخيار بين الأخذ والترك ما دام في المجلس مع تفريعنا على قول الفور

قال إمام الحرمين هذا غلط بل الصحيح أنه على الفور

ثم له الخيار في نقض الملك ورده

ومن اختار عين ماله لإفلاس المشتري فلا خيار له وفي وجه ضعيف له الخيار ما دام في المجلس

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٤٠٢/٣

ولا خيار في الوقف كالعتق ولا في الهبة إن لم يكن ثواب

فإن كان ثواب مشروط أو قلنا يقتضيه الإطلاق فلا خيار أيضا على الأصح لأنه لا يسمى بيعا والحديث ورد في المتبايعين

ويثبت الخيار في القسمة إن كان فيها رد زإلا فإن جرت بالإجبار فلا خيار وإن جرت بالتراضي فإن قلنا إنها إقرار فلا خيار وإن قلنا بيع فكذا على الأصح

النوع الثاني العقد الوارد على المنفعة

فمنه النكاح ولا خيار فيه ولا خيار في الصداق على الأصح

فإن أثبتناه ففسخت وجب مهر المثل

وعلى هذين الوجهين ثبوت خيار المجلس في عوض الخلع ولا تندفع الفرقة بحال

ومنه الإجارة وفي ثبوت خيار المجلس فيها وجهان

أصحهما عند صاحب المهذب وشيخه الكرخي يثبت وبه قال الاصطخري وصاحب التلخيص وأصحهما عند الإمام وصاحب التهذيب والأكثرين لا يثبت

". (١)

" فرع باع شجرة عليها ثمرة للبائع وهي مما تثمر في السنة مرتين تلاحقها لا يصح البيع إلا بشرط قطع البائع ثمرته عند خوف الاختلاط ويجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا كان المبيع هو الثمرة

ثم إذا تبايع بهذا الشرط فلم يتفق القطع حتى اختلطا أو كانت الشجرة مما يندر فيها التلاحق والاختلاط فاتفق وقوعه فطريقان

قال الأكثرون في الانفساخ القولان

وقيل لا انفساخ قطعا

فإن قلنا لا انفساخ فسمح البائع بترك الثمرة القديمة أجبر المشترى على القبول

وإن رضي المشترى بترك الثمرة الحادثة أجبر البائع على القبول وأقر العقد

ويحتمل خلاف في الإجبار فأن استمرا على النزاع فالمثبتون للقولين قالوا يفسخ العقد

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٣/٤٣٥

والقاطعون قالوا لا فسخ بل أيهما كانت الثمرة والشجرة في يده فالقول قوله في قدر ما يستحقه الآخر

قال في التهذيب هذا هو القياس لأن الفسخ لا يرفع النزاع لبقاء الثمرة الحادثة للمشترى

وإن قلنا بالانفساخ استرد المشترى الثمن ورد الشجرة مع جميع الثمار قاله في التتمة

". (١)

"كونه فسخا لذلك البيع ثم في صحته في نفسه خلاف سبق في البيع وأشار الإمام إلى أن الوكيل لو باع ثم فسخ البيع هل يتمكن من البيع مرة أخرى فيه خلاف

والأمر بالبيع من الراغب هنا تفريع على أنه يتمكن

أو مفروض فيمن صرح له في الإذن بذلك

وأكثر هذه المسائل تطرد في جميع الوكالات

قلت قوله فزاد راغب قبل التفرق فيه نقص وكان ينبغي أن يقول قبل انقضاء الخيار ليعم خياري المجلس والشرط فإن حكمها في هذا سواء

صرح به صاحب الشامل وغيره

قال أصحابنا ولو زاد الراغب بعد انقضاء الخيار لزم البيع ولا أثر للزيادة لكن يستحب للعدل أن يستقيل المشتري ليبيعه بالزيادة للراغب أو لهذا المشتري إن شاء

والله أعلم

فصل مؤنة الرهن التي يبقى بها كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة على الراهن

وفي معناها سقي الأشجار والكروم ومؤنة الجداد وتجفيف الثمار وأجرة الأصطبل والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون إذا لم يتبرع به من هو في يده وأجرة من يرد الآبق وما أشبه ذلك

وحكى الإمام والمتولي وجهين في أن هذه المؤن هل يجبر عليها الراهن حتى يقوم بها من خالص ماله أصحهما الإجبار حفظا للوثيقة

والثاني عن الشيخ أبي محمد وغيره لا يجبر بل يبيع القاضي جزءا منه فيها بحسب الحاجة

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٥٦٦/٣

وفرع الإمام على هذا أن النفقة لو كانت تأكل الرهن قبل الأجل ألحق في ذلك بما يفسد قبل الأجل فيباع ويجعل ثمنه رهنا وهذا ضعيف وكذا أصله المفرع عليه

وإذا قلنا بالأصح فلم يكن للراهن شيء أو لم يكن حاضرا باع الحاكم جزءا من المرهون واكترى به بيتا يحفظ فيه الرهن كذا قاله الأصحاب

." (١)

"فإذا حلف المفلس حلف على نفي العلم بسبق الرجوع على التأبير لا على نفي السبق

قلت فلو أقر البائع أن المفلس لا يعلم تاريخ الرجوع سلمت الثمرة للمفلس بلا يمين لأنه يوافقه على نفي علمه قاله الإمام

والله أعلم

فإن حلف بقيت الثمار له

وإن نكل فهل للغرماء أن يحلفوا فيه الخلاف السابق فيما إذا ادعى المفلس شيئا ولم يحلف

فإن قلنا لا يحلفون وهو المذهب أو يحلفون فنكلوا عرضت اليمين على البائع فإن نكل فهو كما لو حلف المفلس

وإن حلف فإن جعلنا اليمين المردودة بعد النكول كالبينة فالثمرة له

وإن جعلناها كالإقرار فعلى القولين في قبول إقرار المفلس في مزاحمة المقر له الغرماء

فإن لم يقبله صرفت الثمار إلى الغرماء

فإن فضل شيء أخذه البائع بحلفه السابق

هذا إذا كذب الغرماء البائع كما كذبه المفلس

فإن صدقوه لم يقبل قولهم على المفلس بل إذا حلف بقيت الثمار له وليس لهم طلب قسمتها لأنهم يزعمون أنها للبائع وليس له التصرف فيها للحجر واحتمال أن يكون له غريم آخر لكن له إجبارهم على أخذها إن كانت من جنس حقهم أو إبراء ذمته من ذلك القدر هذا هو الصحيح كما لو جاء المكاتب بالنجم فقال السيد غصبته فيقال خذه أو أبرئه عنه

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٤/٩٣

وفي وجه لا يجبرون بخلاف المكاتب لأنه يخاف العود إلى الرق إن لم يأخذه وليس على المفلس كبير ضرر

وإذا أجبروا على أخذها فللبائع أخذها منهم لإقرارهم

وإن لم يجبروا وقسمت أمواله فله طلب فك الحجر إذا قلنا لا يرتفع بنفسه

ولو كانت من غير جنس حقوقهم فبيعت وصرف ثمنها إليهم تفريعا على **الإجبار** لم يتمكن

". [1]

"الجذوع إذا رفعت أطرافها لم تستمسك على الجدار الباقي

والوجه الثاني لا يملك الرجوع أصلا ولا يستفيد به القلع ولا طلب الأجرة للمستقبل وبه قطع العراقيون لأن مثل هذه الإعارة يراد بها التأبيد فأشبه الإعارة لدفن ميت فإنه لا ينبش ولا أجرة

فعلى هذا لو رفع الجذوع صاحبها أو سقطت بنفسها لم يملك إعادتها بغير إذن جديد على الأصح

وكذا لو سقط الجدار فبناه مالكه بتلك الآلة لأن الأذن تناول مرة

فإن بناه بغير تلك الآلة فلا خلاف أنه لا يعيد إلا بإذن جديد لأنه جدار آخر

قلت الخلاف في جواز الإعادة بلا إذن

فلو منعه المالك لم يعد بلا خلاف إذ لا ضرر كذا صرح به صاحب التتمة

وأشار القاضي أبو الطيب أو صرح بجريان الوجهين في جواز منعه فقال في وجه ليس له منعه لأنه صار له حق لازم هذا كله إذا وضع أولا بإذن

فلو ملكا دارين ورأيا خشبا على الجدار ولا يعلم كيف وضع فإذا سقط الحائط فليس له منعه من إعادة الجذوع بلا خلاف كذا صرح به القاضي أبو الطيب وصاحب المهذب والشامل وآخرون لأنا حكمنا بأنه وضع بحق وشككنا في المجوز للرجوع

ولو أراد صاحب الحائط نقضه فإن كان مستهدما جاز وحكم إعادة جذوع ما سبق

وإن لم يكن مستهدما لم يمكن من نقضه قطعا

والله أعلم

أما إذا رضي بعوض فقد يكون على وجه البيع أو الإجارة وسنتكلم فيهما إن شاء الله تعالى

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٤/١٦٣

ولو صالحه عنه على المال لم يجز على قول **الإجبار** لأن من ثبت له حق لا يجوز أخذ عوض من عليه وإن قلنا لا جاز بخلاف الصلح عن الجناح لأنه هواء مجرد

القسم الثاني المشترك والكلام فيه ثلاثة أمور

الأول الإنتفاع به فليس لأحد الشريكين أن يتد فيه وتدا أو يفتح

---

(١) ".

"ولكنهما يباشرانها بأنفسهما إن شاءا وهو كما لو هدماه واقتسما النقض

وإن طلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر نظر إن طلب النوع الأول لم يجب إليه على الصحيح لما فيه من الأضرار

وقيل يجاب ويجبر الممتنع لكن لا يقسم بالقرعة بل يخص كل واحد مما يليه

وإن طلب النوع الثاني لم يجب إليه على الأصح

أما إذا انهدم الجدار وظهرت العرصة أو كان بينهما عرصة جدار لم يبن عليها فطلب أحدهما قسمتها بالنوع الثاني يجاب قطعا

وإن طلبها بالنوع الأول فإن قلنا في الجدار إن طالب مثل هذه القسمة يجاب ويخص كل واحد بالشق الذي يليه بغير قرعة فكذا هنا

وإن قلنا هناك لا يجاب فهنا وجهان

أصحهما عند العراقيين وغيرهم الإجابة

وإذا بنى الجدار وأراد تعريضه زاد فيه من عرض بيته

الأمر الثالث العمارة فإذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير إذن صاحبه لاستهدامه أو لغيره ففي التهذيب وغيره أن النص إجبار الهادم على إعادته وأن القياس أنه يغرم نقضه ولا يجبر على البناء لأن الجدار ليس مثليا

قلت قد ذكر صاحب التنبيه وسائر العراقيين وطائفة من غيرهم فيما إذا استهدم فهدمه أحدهما بلا إذن طريقين

أصحهما القطع بإجباره على إعادة مثله

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٤/٢١٣

والثاني فيه القولان السابقان في **الإجبار** إبتداء أحدهما عليه إعادة مثله والثاني لا شيء

---

(١) ".

"

وقطع إمام الحرمين في أواخر باب ثمرة الحائط يباع أصله بأن من هدمك حائط غيره عدوانا يلزمه أرش ما نقص ولا يلزمه بناؤه لأنه ليس بمثلي والمذهب ما نص عليه

والله أعلم

ولو إنهدم الجدار بنفسه أو هدماه معا لاستهدامه أو غيره وامتنع

القديم إجباره عليها دفعا للضرر وصيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل

والجديد لا إجبار كما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة ولأن الممتنع يتضرر أيضا بتكليفه العمارة

ويجري القولان في النهر والقناة والبئر المشتركة إذا امتنع أحدهما من التنقية والعمارة

قلت لم يبين الإمام الرافعي الأظهر من القولين وهو من المهمات

والأظهر عند جمهور الأصحاب هو جديد

ممن صرح بتصحيحه المحاملي والجرجاني وصاحب التنبيه وغيرهم

وصحح صاحب الشامل القديم وأفتى به الشاشي

وقال الغزالي في الفتاوى الأقيس أن يجبر

وقال والإختيار إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة أجبره

وإن كان لإعسار أو غرض صحيح أو شك فيه لم يجبر

وهذا التفصيل الذي قاله وإن كان أرجح من إطلاق القول **بالإجبار** فالمختار الجاري على القواعد أن لا إجبار مطلقا

والله أعلم

ولو كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر فانهدمت فليس لصاحب السفل إجبار صاحب العلو على معاونته في إعادة السفل وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادته ليبني عليه فيه القولان

وقيل القولان فيما إذا انهدم أو هدما فلا شرط

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٤/٢١٥

أما لو استهدم فهدمه صاحب السفل بشرط الإعادة فيجبر قطعا

ويجري القولان فيما إذا طلب أحدهما اتخاذ سترة بين سطحيهما هل يجبر الآخر على مساعدته

قلت قال أصحابنا ويجريان فيما لو كان بينهما دولاب وتشعث واحتاج إلى إصلاحه

والله أعلم

". (١)

"تقر على نفسها قاله ابن الحداد والشيخ أبو علي

والثاني لا لأنها كالمقرة على الولي قاله القفال والثالث يفرق بين العفيفة والفاسقة قاله القاضي حسين

ولا فرق في هذا الخلاف بين أن تفصل الإقرار وتضيف التزويج إلى الولي فيكذبها وبين أن تطلق إذا قبلنا الإقرار المطلق فقال الولي لا ولي لك غيري وما زوجتك

ويجري الخلاف أيضا في تكذيب الشاهدين إذا كانت قد عينتهما

والأصح أنه لا يقدح تكذيبهما لاحتمال النسيان والكذب

فإن قلنا تكذيب الولي يمنع قبول إقرارها فكان غائبا لم ينتظر حضوره بل تسلم إلى الزوج في الحال للضرورة فإن عاد وكذبها فهل يحال بينهما لزوال الضرورة أم يستدام وجهان رجح الغزالي الأول وغيره الثاني

وإذا قلنا بالقديم فجرى الإقرار في الغربة ثم رجعا إلى الوطن ففي الحوالة بينهما الوجهان

قال الإمام ولا شك أنه لو قضى قاض بالإقرار لم ينقض

فرع أقر الولي بإنكاحها إن كان له إنشاء النكاح المقر به عند بغير رضاها قبل إقراره لقدرته على الإنشاء

وحكى الحناطي وجها أنه لا يقبل حتى توافقه البالغة

والصحيح الأول

وإن لم يكن له الإنشاء بغير رضاها لكونه غير مجبر أو الحال غير حال **الإجبار** أو الزوج ليس بكفء لم يقبل إقراره

ولو قال وهي ثيب كنت زوجتها في بكارتها لم يقبل واعتبر وقت الإقرار كذا أطلقه الإمام وهو الظاهر

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٢١٦/٤

ويمكن جعله على الخلاف فيما لو أقر مريض لوارثه بهبة في الصحة

". (١)

" فصل هل السيد إجبار العبد البالغ على النكاح قولان

القديم نعم

والجديد لا

فإن كان صغيرا فالأصح أنه كالكبير

وقيل يجبر قطعا واختاره ابن كج

والكبير المجنون كالصغير فإن جوزنا **الإجبار** فللسيد أن يقبل النكاح للبالغ وله أن يكرهه على القبول ويصح لأنه إكراه بحق كذا قاله البغوي

وقال المتولي لا يصح قبوله كرها ويقبل إقرار السيد على العبد بالنكاح كإقرار الأب على بنته

ويجوز أن يزوج أمته بعبده الصغير والكبير ولا يجب مهر

وفي استحباب ذكره قولان

الجديد استحبابه

وإذا طلب العبد النكاح فليجبه السيد ولا تجب الإجابة على الأظهر

فإن أوجبنا فامتنع سيده زوجه السلطان كالمعضولة

ولو نكح بنفسه قال الإمام هو كما لو طلب السفيه وامتنع الولي فنكح بنفسه

والمدبر والمعلق عتقه كالقن

ومن بعضه حر لا يجبر ولا يستقل وفي وجوب إجابته الخلاف

والمكاتب لا يستقل ولا يجبره السيد

ولو نكح بإذن السيد صح على المذهب

وقيل قولان كتبرعه

فإن صححنا ففي وجوب إجابته الخلاف كالقن وأولى بالوجوب

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٥٢/٧

والعبد المشترك هل لسيديه إجباره وعليهما إجابته فيه الخلاف المذكور في الطرفين

ولو دعاه أحدهما إلى النكاح وامتنع الآخر أو العبد فلا إجبار

ولو طلب أحدهما مع العبد وامتنع الآخر فعن الشيخ أبي حامد أنه كالمكاتب

وقال ابن الصباغ لا تؤثر موافقة الآخر

". (١)

"قلت الجواز أصح

والله أعلم

فرع تزويج السيد أمته هل هو بالملك أم بالولاية وجهان

أصحهما بالملك

ويتفرع عليهما صور

منها إذا سلبنا الفاسق الولاية زوجها إن قلنا بالملك وإلافلا

ومنها إذا كان لمسلم أمة كتابية فله تزويجها على المذهب وهو المنصوص وإنما يتصور تزويجه إياها بعبد أو حر كتابي إذا حللناها لهما

ومنها إذا كان للكافر أمة مسلمة أو أم ولد قال ابن الحداد يزوجها بالملك والأصح المنع

ولو كان لمسلم أمة مجوسية أو ذمية فهل له تزويجها وجهان

صحح الشيخ أبو علي الجواز وقطع البغوي بالمنع

وما ذكرناه من الخلاف في أن تزويج الأمة باللك أم بالولاية لا يجري في تزويج العبد إلا إذا قلنا للسيد إجباره

فلو كان للكافر عبد مسلم ورأينا **الإجبار** ففي إجباره إياه الخلاف في كونه يزوج أمته المسلمة

وإن لم نر **الإجبار** لم يستقل العبد ولكن يأذن له السيد ليسقط حقه فيستقل العبد حينئذ كما تأذن المرأة لعبدها فيتزوج وإن كانت ليست أهلا للتزويج

ومنها قال المتولي للمكاتب تزويج أمته إن قلنا بالملك وإلا فلا

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٧/١٠٢

فصل عبد الصبي والمجنون والسفيه لا يزوجه وليهم على الصحيح

وقيل يجوز

". (١)

"لأنه لا كتاب بأيديهم ولا نتيقنه من قبل فنحتاط

وقال أبو إسحق وأبو عبيد ابن حربويه يحل إن قلنا كان لهم كتاب وهذا ضعيف عند الأصحاب

فرع الكتابية كالمسلمة في النفقة والقسم والطلاق وعامة أحكام النكاح لكن ولم نصحح نيتها

وإذا طهرت عن حيض أو نفاس ألزمها الزوج الإغتسال

فإن امتنعت أجبرناها عليه واستباحها وإن لم تنو للضرورة كما تجبر المسلمة المجنونة

وعن الحليمي تخريجا على **الإجبار** على الغسل أن للسيد إجبار أمته المجوسية والوثنية على الإسلام لأن حل الإستمتاع يتوقف عليه

والصحيح خلافه لأن الرق أفادها الأمان من القتل فلا تجبر كالمستأمنة وليس كالغسل فإنه لا يعظم الأمر فيه

واختلف نص الشافعي رضي الله عنه في إجبار زوجته الكتابية على غسل الجنابة

وقال الجمهور في إجبارها قولان

وقيل **الإجبار** إذا طالت المدة وكانت النفس تعافها وعدمه في غير هذا الحال

وأما المسلمة فهي مجبرة على الغسل من الجنابة كذا أطلقه البغوي

قلت ليس هو على إطلاقه بل هو فيما إذا طال بحيث حضر وقت صلاة فأما إذا لم تحضر صلاة ففي إجبارها القولان وهما مشهوران حتى في التنبيه

والأظهر من القولين **الإجبار**

والله أعلم

وتجبر المسلمة أو الكتابية على التنظف بالإستحداد وقلم الأظفار وإزالة شعر الإبط والأوساخ إذا تفاحش شيء من ذلك بحيث نفر التواق فإن كان لا يمنع

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ١٠٥/٧

". (١)

"يجبران فقالت سلم المهر لأسلم نفسي لزمه النفقة من حينئذ

وإن قلنا لا يجبر واحد منهما فلا نفقة لها حتى تمكن

فرع إذا بادرت فمكنت فلها طلب الصداق على الأقوال كلها ثم إن يجر وطء فلها العود إلى الإمتناع ويكون الحكم كما قبل التمكين

وإن وطيء فليس لها بعده الإمتناع على الصحيح كما لو تبرع البائع فسلم المبيع قبل قبض الثمن فليس له أخذه وحبسه

ولو وطئها مكرهة فلها الإمتناع بعده على الأصح

ويجري الوجهان فيما لو سلم الولي صغيرة أو مجنونة قبل قبض صداقها إذا بلغت أو أفاقت بعد الدخول فلو بلغت أو أفاقت قبله فلها الإمتناع قطعا

ولو بادر الزوج فسلم الصداق لزمها التمكين إذا طلبها

وكذا لو كان الصداق مؤجلا فإن امتنعت بلا عذر فله الإسترداد وإن قلنا يجبر أولا لأن **الإجبار** بشرط التمكين

وإن قلنا لا يجبر فليس له الإسترداد على الأصح لأنه تبرع بالمبادرة كمعجل الدين المؤجل

وقيل له ذلك لعدم حصول الغرض

وقال القاضي حسين إن كانت معذورة حين سلم فزال العذر وامتنعت استرد لأنه سلم راجيا التمكين فيشبه هذا الخلاف وجهين ذكرا فيما لو سلم مهر صغيرة لا تصلح للجماع عالما بحالها أو جاهلا وقلنا بالأظهر إنه لا يجب تسليم مهرها هل له الإسترداد فرع إذا استمهلت بعد تسليم الصداق أمهلت لتتهيأ بالتنظيف والإستحداد وإزالة

". (٢)

"فبادرت بالقلع نظر إن بقي في الأرض نقص لضعفها بهما وهو الغالب فهو على خيرته وإلا انحصر حقه في الأرض

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٧/١٣٦

(٢) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٧/٢٦٠

فصل أصدقها نخيلا حوائل ثم طلقها وهي مطلعة فليس له أخذ نصف قهرا ولا نصف العين قهرا لأن الطلع كزيادة متصلة فيمنع الرجوع قهرا

فإن رضيت بأخذه نصف النخل والطلع أجبر على المذهب

وقيل وجهان كالثمرة المؤبرة أما إذا طلقها وعليها ثمار مؤبرة ففيها مسائل

إحداها ليس له تكليفها قطع الثمرة ليرجع إلى نصف العين

فلو بادرت بقطعها أو قالت اقطعها ليرجع فليس للزوج إلا الرجوع إلى نصف الشجر إذا لم يمتد زمن القطع ولم يحدث به نقص في الشجر بانكسار سعف وأغصان

الثانية أراد الرجوع في نصف النخل وترك الثمار إلى الجداد فأبت أجبرت على الأصح عند الجمهور منهم العراقيون وبه قطع البغوي لأن الأشجار في يدها كسائر الأموال المشتركة

ورجح المتولي منع **الإجبار** وأشار إلى ترجيحه الإمام والغزالي لأنها قد لا ترضى بيده ودخوله البستان قال الإمام ولأنه لا بد من تنمية الثمار بالسقي ولا يمكن تكليفها السقي لأن نفعه غير مختص بالثمر بل ينفع به الشجر أيضا ولا يمكن تكليفها ترك السقي لتضرر الثمر

". (١)

"

فصل أما المجنون فهو من لا يستقل بمراعاة نفسه ولا يهتدي إلى لصغر أو جنون أو خبل وقلة تمييز ومتى بلغ الغلام رشيدا ولي أمر نفسه ولا يجبر على كونه عند الأبوين أو أحدهما ولكن الأولى أن لا يفارقهما ليخدمهما ويصلهما بره وإن بلغ عاقلا غير رشيد فقد أطلق جماعة أنه كالصبي لا يفارق الأبوين وتدام حضانته وقال ابن كج إن لم يحسن تدبير نفسه فالحكم كذلك وأما إن كان اختلال الرشيد لعدم الصلاح في الدين فالصحيح أنه يسكن حيث يشاء ولا يجبر أن يكون عند الأبوين أو أحدهما وقيل تدام حضانته إلى ارتفاع الحجر عنه وهذا التفصيل حسن

وأما الأنثى إذا بلغت فإن كانت مزوجة فهي عند زوجها وإلا فإن كانت بكرا فعند أبويها أو أحدهما إن افترقا وتختار من شاءت منهما وهل تجبر على ذلك وجهان أحدهما نعم وليس لها الإستقلال والثاني لا بل لها السكنى حيث شاءت لكن يكره لها مفارقتهما وبهذا قطع العراقيون وصحح ابن كج والإمام

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٧/٢٩٧

والغزالي الأول ثم صرح الغزالي باختصاص هذه الولاية بالأب والجد كولاية **الإجبار** في النكاح وذكر البغوي في ثبوتها أيضا للأخ والعم وجهين

قلت أرجحهما ثبوتها

والله أعلم

وإن كانت ثيبا فالأولى أن تكون عند الأبوين أو أحدهما ولا تجبر على ذلك باتفاق الأصحاب لأنها صاحبة اختيار وممارسة وبعيدة عن الخديعة وهذا إذا لم تكن تهمة ولم تذكر بريبة فإن كان شيء من ذلك فللأب والجد ومن يلي تزويجها من العصبات منعها من الإنفراد ثم المحرم منهم يضمها إلى نفسه إن رأى ذلك وغير

". (١)

"بأجرة أعطي أجرة وهل هي في مالها أم في بيت المال وجهان كأجرة الجلاد أصحهما الأول وإن امتنع من الخروج بأجرة لم يجبر على الأصح كما في الحج فعلى هذا قياس اشتراط المحرم أن يؤخر التغريب حتى يتيسر وذكر الروياني أنها تغرب ويحتاط الإمام في ذلك وإن قلنا **بالإجبار** وهو محكي عن ابن سريج فاجتمع محرمان أو محرم وزوج فأيهما يقدم لم يتعرض الأصحاب

قلت يحتمل وجهين كنظائره أحدهما الإقراع والثاني يقدم باجتهاده من يراه وهذا أرجح

والله أعلم

الثانية يغرب الزاني إلى مسافة القصر وقيل يجوز دونها وقيل يكفي التغريب إلى موضع لو خرج المبكر إليه لم يرجع بيومه لإطلاق لفظ التغريب والصحيح الأول ولو رأى الإمام التغريب إلى فوق مسافة القصر فعل وقال المتولي إن كان على مسافة القصر موضع صالح لم يجز التغريب إلى ما فوقه والصحيح الأول وبه قطع الجمهور غرب عمر رضي الله عنه إلى الشام وعثمان رضي الله عنه إلى مصر والبدوي يغرب عن حلته وقومه ولا يمكن من الإقامة بينهم ولو عين السلطان جهة لتغريبه فطلب الزاني جهة غيرها فهل يجاب أم يتعين ما عينه الإمام وجهان أصحهما الثاني قال البغوي لا يرسله الإمام إرسالا بل يغربه إلى بلد معين وإذا غرب إلى بلد معين فهل يمنع من الانتقال إلى بلد آخر وجهان أصحهما لا وبه قطع المتولي واختاره الإمام

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٩/١٠٢

الثالثة قال البغوي لا يمكن المغرب من أن يحمل معه أهله وعشيرته لأنه لا يستوحش حينئذ وله أن يحمل جارية يتسرى

". (١)

" فرع إذا امتنع أحد الشركاء من نوع القسمة الذي نحن فيه المتشابهات أجبر عليها سواء كانت الأنصباء متساوية أم متفاوتة وفي المتفاوتة وجه لابن أبي هريرة أنه لا إجبار والصحيح الأول

فصل إذا قسم قاسم القاضي **بالإجبار** ثم ادعى أحد الشريكين غلطا أو حيفا نظر إن لم يبين ما يزعم به الحيف أو الغلط لم يلتفت إليه وإن بينه لم يمكن تحليف القاسم كما لا يحلف القاضي أنه لم يظلم والشاهد أنه لم يكذب لكن إن قامت بينة سمعت ونقضت القسمة

قال الشيخ أبو حامد وغيره وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا ويمسحا ويعرفا الحال ويشهدا

وألحق أبو الفرج بقيام البينة ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع

ومسحنا ما أخذه فإذا هو سبعمئة ذراع ولو لم تقم حجة وأراد تحليف الشريك مكن منه فإن نكل وحلف المدعي نقضت القسمة ولو حلف بعض الشركاء ونكل بعضهم فحلف المدعي لنكول بعضهم قال في الوسيط تنقض القسمة في حق الناكلين دون الحالفين ولا يطالب الشريك بإقامة بينة أن القسمة الجارية عادلة لأن الظاهر الصواب

وحكى ابن أبي هريرة قولا أن على الشريك البينة بأنها عددلة ولا بينة على مدعي الغلط

وقال أبو إسحق إن قال مدعي الغلط إن القاسم الذي قسم لا يحسن القسمة والمساحة والحساب فالأصل

". (٢)

"ما يقوله وعلى صاحبه البينة

وإن قال سها فعليه البينة والمذهب الأول

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١٠/٨٨

(٢) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١١/٢٠٨

ولو اعترف القاسم بالغلط أو الحيف فإن صدقه الشركاء انتقضت القسمة وإلا فلا تنتقض وعليه رد الأجرة

قال البغوي وهو كما لو قال القاضي غلطت في الحكم أو تعمدت الحيف فإن صدقه المحكوم له استرد المال وإلا فلا وعلى القاضي الغرم

أما إذا جرت القسمة بالتراضي بأن نصبا قاسما أو اقتسما بأنفسهما ثم ادعى أحدهما غلطا فإن لم يعتبر الرضى بعد خروج القرعة فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة **الإجبار** وإن اعتبرناه وتراضيا بعد خروج القرعة فإن قلنا القسمة إفراز فالإفراز لا يتحقق مع التفاوت فتنقض القسمة إن قامت به بينة ويحلف الخصم إن لم تقم وإن قلنا القسمة بيع فوجهان أحدهما الجواب كذلك فإنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل وأصحهما أنه لا فائدة لهذه الدعوى ولا أجر للغلط وإن تحقق كما لا أثر للغبن في البيع والشراء وبهذا قطع الجمهور

كأنهم اقتصروا على الجواب الأصح

فصل إذا قسمت التركة بين الورثة ثم ظهر دين فإن قلنا القسمة فهي صحيحة ثم تباع الأنصباء في الدين إن لم يوفوه وإن قلنا بيع فقد سبق في كتاب الرهن وجهان في صحة بيع الوارث التركة قبل قضاء الدين وأنه لو تصرف ولا دين في الظاهر ثم ظهر

فالأصح صحة التصرف ففي القسمة هذان الوجهان وفإن صححنا البيع فالقسمة الجارية صحيحة فإن وفوا الدين استمرت صحتها وإلا

". (١)

"توزع أجرة القاسم بحسب الشركة في الأصل أم بحسب المأخوذ منها وجهان أصحهما الثاني لأن العمل في الكثير أكثر وكما يجري القولان فيما إذا اختلفت الصفات تجري فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس كالبستان الواحد بعضه نخل وبعضه عنب والدار المبني بعضها بالآجر وبعضها بالخشب والطين ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصا بما إذا لم يمكن قسمة الجيد وحده وقسمة الرديء وحده فإن أمكن لم يجبر كما لو كانا شريكين في أرضين تمكن قسمة كل واحدة بالأجزاء لا يجري **الإجبار** على التعديل

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٢٠٩/١١

القسم الثاني ما يعد شيئين فصاعدا وهو ضربان عقار وغيره أما العقار فإذا اشتركا في دارين أو حانوتين متساويتي القيمة وطلب أحدهما القسمة بأن يجعل لهذا دار ولهذا دار أو حانوت وحانوت لم يجبر الممتنع سواء تجاور الحانوتان والداران أم تباعدا لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية

ولو اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة لا تحتمل آحادها القسمة ويقال لها العضايد فطلب أحدهما أن يقسم أعيانا فهل يجبر الممتنع وجهان أحدهما كالمتفرقة وكالدور وأصحهما نعم للحاجة وكالخان المشتمل على بيوت ومساكن هكذا صور هذه المسألة الجمهور وهو الصواب وصورها صاحب المهذب فيما إذا احتملت كل واحدة منهما القسمة وحكى وجهين فيما إذا طلب أحدهما قسمتها أعيانا والآخر قسمة كل واحد منها

وأما الأقرحة فإن كانت

." (١)

"متفرقة فهي كالدور

وإن كانت متجاورة ففي الشامل أن أبا إسحق جعلها كالقراح الواحد المختلف الأجزاء وأن غيره قال إنما يكون كالقراح الواحد إذا اتحد الشرب والطريق فإن تعدد فهو كما لو تفرقت قال وهذا أشبه بكلام الشافعي رحمه الله

الضرب الثاني غير العقار إذا اشتركا في عبيد أو دواب أو أشجار أو ثياب ونحوها فلها حالان أحدهما أن يكون من نوع واحد ويمكن التسوية بين الشريكين عددا وقيمة كعبدين متساويي القيمة بين شريكين وكثلاث دواب أو أثواب متساوية القيمة بين ثلاثة فالمذهب أنه يجبر على قسمتها أعيانا لقلة اختلاف الأغراض فيها بخلاف الدور وقال أبو علي بن خيران وابن أبي هريرة هي كالدور وقيل يخير في العبيد وفي غيرها الخلاف

وإن لم تمكن التسوية في العدد كثلاثة أعبد لرجلين بالسوية إلا أن أحدهم يساوي الآخرين في القيمة فإن قلنا **بالإجبار** عند استواء القيمة فهنا قولان وهما كالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء وإن كانت الشركة لا ترفع إلا عن بعض الأعيان كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان فطلب أحدهما

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١١/٢١١

القسمة ليختص من خرجت له قرعة الخسيس بالخسيس ويكون له مع ذلك ربع النفيس فإن قلنا لا إجبار في الصورة السابقة فهنا أولى وإلا فوجهان أو قولان الأصح لا إجبار لأن الشركة لا ترتفع بالكلية

الحال الثاني أن يكون الأعيان أجناسا كعبد وثوب وحنطة وشعير ودابة ونحوها أو أنواعا كعبدين تركي وهندي وثوبين

". (١)

"إبريسم وكتان فطلب أحدهما أن يقسم أجناسا وأنواعا لا يجبر الآخر وإنما يقسم كذلك بالتراضي

ولو اختلطت الأنواع وتعذر التمييز كتمر جيد ورديء فلا قسمة إلا بالتراضي هذا ما قطع به الجمهور وطرد السرخسي الخلاف في **الإجبار** عند اختلاف النوع وزاد الإمام والغزالي فأجرياه عند اختلاف الجنس وليس بشيء والمذهب الأول

فرع إذا كان بينهما عرصة وثلثها بالمساحة نصف بالقيمة لقربه من الماء فهي قسمة تعديل وفيها الخلاف

وقال الغزالي يجبر عليها قطعا ولا يبالي بهذا التفاوت والمذهب الأول وهو المعروف عن الأصحاب

فرع اللبنات إن تساوت قوالبها فقسمتها قسمة المتشابهات فيجبر قطعا وإن اختلفت قوالبها فقسمة تعديل

فرع دار بين اثنين لها علو وسفل طلب أحدهما قسمتها علوا وسفلا الآخر عند الإمكان وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد والسفل لآخر لا يجبر هكذا أطلقه الأصحاب

ويجوز أن يقال إن لم يمكن القسمة سفلا وعلوا جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر من جملة قسمة التعديل ولو طلب أحدهما أن يقسم السفل ويترك

". (٢)

"العلو مشاعا لم يجبر الآخر لأنهما قد يقتسمان العلو بعده فيقع ما فوق هذا لذاك

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٢١٢/١١

(٢) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٢١٣/١١

النوع الثالث قسمة الرد وصورتها أن يكون في أحد جانبي الأرض بئر أو شجر أو في الدار بيت لا يمكن قسمته فيضبط قيمة ما اختص ذلك الجانب به ويقسم الأرض والدار على أن يرد من يأخذ ذلك الجانب بتلك القيمة وهذه لا إجبار عليها قطعا وكذا لو كان بينهما عبدان قيمة أحدهما مائة والآخر خمسمائة واقتسما على أن يرد آخذ النفيس مائتين ليستويا وقيل في **الإجبار** قول مخرج حكاه السرخسي وهو غلط

ولو تراضيا بقسم الرد جاز أن يتفقا على أن يأخذ أحدهما النفيس ويرد ويجوز أن يحكما القرعة ليرد من خرج له النفيس

فصل قسمة المتشابهات هل هي بيع أم إفراز حق قولان قال البغوي الأظهر كونها بيعا وقال الغزالي الأظهر كونها إفرازا قال صاحب العدة وعليه الفتوى وهذا يوافقه جواب الأصحاب في مسائل متفرقة تتفرع على القولين

قلت أشار الرافعي في المحرر إلى اختيار الإفراز فإنه قال فيه قولان ذكر أن الفتوى على الإفراز هذا كلامه فالمختار ترجيح الإفراز

والله أعلم

ثم قيل القولان فيما إذا جرت القسمة إجبارا فإن جرت

". (١)

"قصيلا جاز

وإن طلب أحدهما قسمة الأرض وما فيها أو قسمة ما فيها وحده وامتنع الآخر والحال حال جواز القسمة بالتراضي قال الشيخ أبو حامد وصاحبا المهذب و التهذيب لا يجبر الممتنع ولم يوجهوه بمقنع

فرع اقتسما ثم تقابلا إن قلنا القسمة بيع صحت الإقالة وعاد الشيوع وإلا فهي لاغية

فرع قسمة الملك عن الوقف إن قلنا بيع لا يجوز وإن قلنا قال الروياني وهو الاختيار

قلت هذا الذي اختاره الروياني هو المختار وهذا إذا لم يكن فيها رد أو كان رد من أصحاب الوقف فإن كان من صاحب الملك لم يجز لأنه يأخذ بإزائه جزءا من الوقف ذكره صاحب المهذب وغيره

والله أعلم

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١١/٢١٤

وأما قسمة الوقف بين الموقوف عليهم فلا يجوز على القولين لأن فيها تغيير شرط الواقف وقيل يجوز على قول الإفراز ليرغبوا في العمارة ولا يتواكلوا وهذا الوجه حكاه ابن كج عن ابن القطان قع وحده وخصصه بقولنا الملك في الموقوف للموقوف عليه قال فلو انقرض البطن الأول وصار الوقت للبطن الثاني انتقضت القسمة

فصل قسمة الإجبار لا يعتبر فيها التراضي عند إخراج القرعة ولا

---

(١) ".

"قسمة الأعيان ولئلا يعطل على شريكه مضارة فعلى هذا يبدأ بالقرعة وأصحهما لا يجبر

ولو رضيا بالمهايأة ثم رجع المبتدىء بالانتفاع قبل استيفاء نوبته مكن فإن مضت مدة لمثلها أجرة غرم نصف أجرة المثل وإن رجع بعد استيفاء نوبته فإن قلنا لا إجبار على المهايأة مكن وغرم نصف الأجرة وإن قلنا بالإجبار لم يمكن بل يستوفي الأجرة مدته وإن استوفى الأول نوبته وامتنع الآخر من أن ينتفع ويستوفي نوبته فإن قلنا بالإجبار فهو مضيع حق نفسه ولا أجرة له وإن قلنا لا إجبار فله ذلك وله نصف الأجرة على الأول وكذا لو انهدمت الدار أو مات العبد بعد نوبة الأول فعليه نصف أجرة المثل وإن قلنا لا إجبار وأصرا على النزاع في المهايأة فهل يبيع القاضي العين عليهما قطع للنزاع وجهان أصحهما لا وعلى هذا هل يتركان حتى يصطلحا ولا يؤجر عليهما أم يؤجر وتوزع الأجرة بينهما وجهان أصحهما الثاني وهو الذي ذكره ابن كج و البغ

ولو استأجر اثنان أرض وطلب أحدهما المهايأة وامتنع الآخر فينبغي أن يعود الخلاف في الإجبار وإن أراد قسمتها ففي فتاوى القاضي حسين أنها جائزة على قول ابن سريج

ثم إذا اقتسما وحدث بنصيب أحدهما عيب فله الفسخ

قال القاضي وينبغي أن يقال لشريكه الفسخ أيض

ولو طلب أحدهما هذه القسمة وامتنع الآخر حكي في إجباره وجهان

فرع إذا جرت المهايأة في عبد مشترك بين مالكين أو فيمن بعضه حر

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٢١٦/١١

".(١)

"هذا في العقار وأما المنقول فالمذهب أنه كالعقار أيضا وقيل يقسم قطع بلا بينة لأن العقار يتأبد ضرره فيخص بالاحتياط ولهذا تثبت فيه الشفعة ولو طلب بعضهم القسمة وامتنع الآخرون واتفقوا جميع على الملك فهل يقسم القاضي فيه هذا الخلاف

وإذا شرطنا البينة قبل رجل وامرأتان قال ابن كج ولا يقبل شاهد ويمين لأن اليمين إنما تشرع حيث يكون خصم ترد عليه لو حصل نكول وقال ابن أبي هريرة تقبل

فصل في مسائل منثورة إذا كانت القسمة بالإجبار والقاسم على ولايته فقوله قسمت مقبول كقول الحاكم حكمت وهو في ولايته وإن لم يكن كذلك لم يقبل قوله وهل تسمع شهادته لأحد الشريكين وجهان الأصح المنع والثاني وهو قول الاصطخري تسمع إن لم يطلب أجرة

وإذا تقاسما ثم تنازعا في بيت أو قطعة من الأرض فقال كل واحد هذا من نصيبي ولا بينة تحالفا ونقضت القسمة قال الشيخ أبو حامد فإن اختص أحدهما باليد فيما تنازعا فيه فهو المصدق بيمينه وإذا اطلع أحدهما على عيب بنصيبه فله فسخ القسمة

فرع الديون المشتركة في ذمم الناس أطلق مطلقون منهم صاحب العدة أنه يمتنع قسمتها وقال السرخسي إن أذن أحد الشريكين للآخر في قبض ما على زيد على أن يختص به فهل يختص إذا قبض قولان أظهرهما المنع وإن تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لهذا وما في ذمة عمرو لهذا فطريقان أحدهما على هذين القولين والثاني

".(٢)

"وهو المذهب القطع بالمنع لأن القسمة إن جعلت بيع فهذا بيع دين في ذمة بدين في ذمة أخرى وإن جعلت إفراز فإفراز ما في الذمة ممتنع لعدم قبضه ولا يدخل الإجبار في قسمة الديون بحال والقول في قسمة الجدار وعرضه ما سبق في كتاب الصلح

وبالله التوفيق

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ١١/٢١٨

(٢) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ١١/٢٢٠

". (١)

" يصح منهما إلا في الذمة . قول المتن : (وجب قبل الحجر) أي إن لم يكن لازما . قول المتن : (فالأظهر إلخ) قال الماوردي : هما مبنيان على أن هذا الحجر حجر مرض أو سفه ، وفيه قولان أي أظهرهما الأول . قوله : (كما يقبل في حقه إلخ) وكما يقبل إقرار المريض ولو طلب الغرماء تحليفه لم يحلف لأن رجوعه لا يفيد . أقول : ومن ثم تعلم أنه لو كان على إنسان إشهاد بدين ، أو مال شركة ونحوها فأقر مالك ذلك به لآخر ثم ادعى من عليه الحق ، أنه لم يتناول ذلك مثلا ، بل كان لشهادة على رسم القبالة لا يحلف المقر لأن رجوعه لا يقبل . قوله : (والثاني لا يقبل) على هذا اتباع العين في الدين فلو كانت وديعة ، فهل تضمن والحال أنه لم يقصر ولو لم يأذن في البيع ، محل نظر . قول المتن : (لم يقبل) وجهه في الإطلاق التنزيل على المعاملة لأنها أقل المراتب . قول المتن : (وله أن يرد بالعيب) يؤخذ منه عدم **الإجبار** على الرد . وقوله بالعيب خرج به الرد بالخيار ، فإنه جائز مطلقا ثم علة الجواز كون الفسخ ليس ابتداء تصرف . قول المتن : (ما كان اشتراه) قضيته عدم رد ما اشتراه في الذمة حال الحجر والوجه التسوية بينهما ، ولو فرض عدم الغبطة في الرد والإمساك معا في مسألة الكتاب فمحل نظر . قول المتن : (والأصح أنه ليس لبائعه) هذه المسألة كان محلها عند ذكر التصرف في الذمة ، ولكن أخرها ليسوق تصرفات المفلس على نمط واحد . وقوله : وإن جهل تقديره وإنه إن جهل كي يدخله الخلاف . قوله : (والثاني له ذلك) علته عدم الوصول إلى الثمن . قوله : (وهو

". (٢)

" الدرب لا يراد إلا للاستطراق فكان إثباته فيه تمليكا بخلاف سطح الدار يراد لغير إجراء الماء . قول المتن : (الكوات) هو جمع قلة عند سيبويه ، فلو عبر بجمع التكسير كان أولى كالكواء بالكسر مع المد ، وعدمه ، كما أنه لو عبر في مسألة الجذوع الآتية بجمع القلة كان أولى . قوله : (والقديم عكس ذلك) حتى لو احتاج إلى ثقب الجدار ليضع رءوس الخشب ، كان له ذلك على هذا القول ، ثم هذا القول جديد أيضا . وقوله عكس ذلك يريد أن الخلاف جار في **الإجبار** أيضا خلاف ما توهمه عبارة الكتاب . فرع : وضع طرف الرف ليس كالجذوع . فرع : لو كان ذميا هل يجري القديم فيه ، ولو كان

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ١١/٢٢١

(٢) حاشية عميرة، ٢/٣٥٨

الجدار وقفا أو مسجدا فانظر ما حكمه . قوله : (في جداره) تتمته ثم يقول أبو هريرة : مالي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم . قوله : (وعورض إلخ) فيه نظر فإنه خاص والخاص

"[1].

" فرع : قال صالحتك عن إجراء ماء المطر على سطح دارك كل سنة بكذا . قال المتولي : يصح ويغتفر الغرر في الأجرة كما اغتفر في المعقود عليه ، ويصير كالخراج المضروب . قوله : (كأن دخل إلخ) لا يكفي في هذا وجوده في مواضع معدودة من طرف الجدار لإمكان حدوث ذلك . قوله : (على النصف إلخ) أي فيقول : والله لا تستحق من النصف الذي في يدي شيئا . قول المتن : (لم يرجح) وجهه أنها قد تكون بإعارة أو إجارة أو قضاء قاض يرى الإجبار على وضعها . قال الإسنوي : وينزل ذلك على الإعارة لأنها أضعف الأسباب ، فله قلعه وغرامة أرش النقص ، ولك أن تقول : هلا حمل على قضاء قاض أو شرائها من الجار فلا يقلع ، ولا يلزم أجرة فقد صرح السبكي بأن العالي يبقى على السافل من غير أجرة لاحتمال ، أنه اشتراه من صاحب السفل ، ثم

"[2].

" قول المتن : (والجد كالأب) . وهل ألحق به قياسا أو الاسم شامل له وجهان في الحاوي والبحر وأصحهما الأول قال الزركشي : وكان ينبغي أن يقول عند عدمه أو عدم أهليته ليشمل ما لو ولد له بنت في كمال التاسعة ، فإنها تلحق به ولا يحكم ببلوغه لأنه لا يثبت بالاحتمال بخلاف النسب ا هـ . ونبه أيضا أن الجد قد يزيد على الأب كما في تولي الطرفين الآتي . قول المتن : (بوطء حلال أو حرام) يرد عليه وطء الشبهة لأنه لا يوصف بحل ولا حرمة قوله : (ولا أثر إلخ) . الظاهر أن هذا خاص بما ذكره الشيخ هنا مما يتعلق بالإجبار وكذا الاكتفاء بالصمت ، وأما لو وطئها إنسان فالظاهر أنه لا يلزمه إلا مهر ثيب . قول المتن : (بصريح الإذن) أي ولو بلفظ التوكيل . قوله : (لمن في حاشية النسب) أفاد بهذا أنه كاف في حق الآباء وهو قطعا وهو كذلك لمزيد الحياء في حقهم ثم السكوت كاف وإن لم تعلم أنه كاف خلافا لابن المنذر ، وسيأتي في القضاء إن شاء الله تعالى أنه لا يشترط في الحكم بالنكول تقدم

---

(١) حاشية عميرة، ٣٩٢/٢

(٢) حاشية عميرة، ٣٩٧/٢

إعلام الناكل بموجب نكوله ، ولو كان الزوج غير كفء كفى السكوت أيضا . قال الزركشي : ينبغي أن يقيد بما إذا علمت حاله ونبه أيضا على أن السكوت كاف في إذنها للحكم حيث جوزناه .

---

(١) ".

" قوله : (فالزائد في ذمته) . لم يقولوا بمثل ذلك في السفيه وكان الفرق كون الرقيق صالحا للتصرف في نفسه لا يتوقف نفوذه على سوى إذن السيد ولا كذلك السفيه . قول المتن : (إجبار عبده) يقال جبره على كذا وأجبره عليه . قوله : (لأنه لا يملك رفعه) هذه العلة موجودة في تزويج الطفل العاقل ، وهو صحيح كما سلف ، وفرق القفال وغيره بين إجبار الطفل العاقل دون العبد الصغير ، بأن ولاية الأب التي يزوج بها ابنه الصغير تنقطع ببلوغه بخلاف ولاية السيد لا تنقطع ببلوغ عبده ، فإذا لم يزوجه بها بعد البلوغ مع بقائها ، فكذا قبله كالثيب العاقلة هذه الحاشية محلها عند القول الثالث الآتي في الشرح . قوله : (والثالث) حكى عكسه أيضا لأن له في الكبير غرضا في صيانة ملكه . قوله : (إجبار إلخ) قال الزركشي : وكلام المصنف في الرضاع يقتضيه حيث قال : ولو زوج أم ولده عبده الصغير ، وهو ظاهر النص ، وجرى عليه أكثر العراقيين ، واقتضى كلام الرافعي أنه المذهب في بابي التحليل والرضاع ا هـ . قول المتن : (وقيل إن حرمت عليه إلخ) . هو صادق بأمة المرأة . قول المتن : (وإذا زوجها إلخ) هذا الخلاف مطرد في العبد على قول **الإجبار** كما سيذكره الشارح . قول المتن : (فيزوج مسلم أمته الكافرة) أي من غير مسلم فإنها لا تحل للمسلم حرا كان أو عبدا .

---

(٢) ".

" غيره فتلد منه ويموت أبو الطفل وأمه فتحضنه زوجة جده ، قوله : (أو امتنعت) منه تعلم عدم **الإجبار** وهو كذلك . نعم لو وجبت المؤن عليها لفقد الأب فلا إشكال في التعين نبه عليه ابن الرفعة ، قوله : (بأن القريب) أجيب أيضا بأن الممتنعة صالحة للحضانة في حال الامتناع بخلاف الولي الغائب لتعذر الوصول إليه قوله : (أو عم) مثله ابن العم لكن إن كان المميز أنثى فالأم أحق قطعا . قوله : (حول

---

(١) حاشية عميرة، ٣/٢٢٤

(٢) حاشية عميرة، ٣/٢٤٠

) أي بخلاف اختيار مجهول النسب لا يصح رجوعه عنه لتعلق حق الغير ، قوله : (فالأب أولى) أي ولو كان سفره إلى

---

(١) ".

" المدارين بحصته من الأخرى . . قول المتن : (لا تمكن قسمته) قال الزركشي لا بد أن يزيد على هذا وما في الجانب الآخر لا يعادل ذلك إلا بضمن شيء آخر من خارج . قوله : (فيما يقابل المردود) أي وهو نصف البئر مثلا الذي قوبل بالمال الذي أخذ ممن سلمت له البئر ورد إلى شريكه ، قوله : (بيع) أي ولا ينافيه **الإجبار** كما في الحاكم يبيع مال الممتنع قهرا ، قول المتن : (في الأظهر) . قال الرافعي محل الخلاف إذا لم يقسما بأنفسهما متفاضلا وإلا فهو بيع قطعا قوله : (ولا يشترط فيها) أي في القسمة مطلقا . قول المتن : (ويشترط إلخ) أي ولو قسم بينهم الحاكم . تنبيه : هل خيارهم على الفور أم يمتد امتداد المجلس وجهان قول المتن : (بعد خروج القرعة ثم قوله الآتي أيضا بعد خروج القرعة) يفيدك أنهما لو اقتسما بالتراضي من غير قرعة لا يتوقف على تصريح برضا متأخر ، وبذلك صرح في شرح المنهج . قوله : (أصرح في المراد) وذلك لأن عبارة المحرر تصدق بما لو ترافعا للقاضي عن رضا منهم وسألاه أن يقسم بينهما قسمة إفراز أو تعديل فقسم بينهما وأقرع فإن إقراعه إلزام لهما لا يتوقف على رضا بعد ذلك ، كما أشار إليه الشارح رحمه الله فيما سلف صدر الباب بخلاف عبارة المنهاج باعتبار التأويل المذكور هذا غاية ما ظهر لي وهو مراده إن شاء الله تعالى والله أعلم .

---

(٢) ".

" قول المتن : (أو حيف) وذلك لأن القاضي إذا ثبت عليه بالبينة أنه جار في حكمه ينقض في حد أو غيره . . قوله : (ورضيا بعد القسمة) أما إذا قلنا لا يعتبر الرضا بعد القسمة فتكون كقسمة **الإجبار** . تنبيه : لو قسم القاضي بينهما قسمة رد اشترط الرضا بعد أيضا . قول المتن : (لا أثر للغلط) لأنه لما وقع الرضا بعد القسمة فكأنه رضي بترك الزيادة فصار كمن اشترى شيئا بغبن ولا أثر عنده لدعوى الغبن في البيع والشراء . قوله : (إن قامت بينة إلخ) وجه في الكفاية عدم سماع البينة بأنه يجوز أن يكون قد رضي

---

(١) حاشية عميرة، ٩٢/٤

(٢) حاشية عميرة، ٣١٨/٤

بدون حقه لما صدر منه الرضا آخرا . نعم لو كان المقسوم ربويا من جنس واحد نقضت . قول المتن : (نقضت) أي لأن الإقرار لا يتحقق مع التفاوت بخلاف البيع . . قوله : (ففي قول تبطل إلخ) هذه طريقة والثانية القطع بالبطلان وهو ما حكاه الماوردي عن الجمهور ونسبها في المطلب للنص وجزم بها القاضي أبو الطيب وغيره ، ووجهها أن ما تشرع له القسمة من التمييز لم يتم ولا فرق على هذه الطريقة بين الإفراز والبيع . قول المتن : (المتن بقيت) وفيه وجه أنها تبطل نظرا للتفريق . قال في البسيط وله التفات إلى تفريق الصفقة قال الزركشي وهو متجه على القول به في المسألة قبلها . كتاب الشهادات قول المتن : (شرط الشاهد) أي فلا بد من تأويل في المبتدأ أو الخبر ، قول المتن : (مسلم) خرج الكافر لقوله تعالى ﴿ ذوي عدل منكم ﴾ واشتراط الحرية لأن المخاطب بالآية الأحرار بدليل ﴿ إذا تداينتم ﴾ ولقوله تعالى ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾ وإنما يرتضى الأحرار وأيضا نفوذ القول على الغير نوع ولاية وخالف أحمد فقبل شهادة الرقيق واختاره ابن المنذر وغيره وأما الصبي فلأنه لا يقبل إقراره على نفسه فشهادته على غيره بالأولى وقبل مالك شهادة الصبيان في الجراحات التي تقع بينهم ما لم يتفرقوا . قول المتن) ذو مروءة) هي

". (١)

"وبدأ بشروط صحتها ، فقال (شرط) صحة (صلاة جمعة) ستة أحدها (أن تجري كلا) بنصبه تمييزا محولا عن الفاعل أي : أن تقع كلها (مع الخطبة) الأولى والثانية (وقت الظهر) للاتباع رواه الشيخان وما روياه عن سلمة بن الأكوع من قوله ﴿ : كنا نصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم الجمعة ثم ننصرف ، وليس للحيطان ظل يستظل به ﴾ محمول على شدة التعجيل بعد الزوال جمعا بين **الإجبار** على أن هذا الخبر إنما ينفي ظلا يستظل به لا أصل الظل ، فلا يجوز شيء من ذلك قبل وقت الظهر ، ولا بعده ، ولو جاز تقديم الخطبة لقدمها صلى الله عليه وسلم لتقع الصلاة أول الوقت ، ولو ضاق الوقت عن الواجب صلوا ظهرا ، ولو شرعوا فيه ووقع بعض الصلاة ولو تسليمة المسبوق خارجه أتمت ظهرا ؛ لأنها عبادة لا يجوز الابتداء بها بعده ، فتنقطع بخروجه كالحج وإلحاقا للدوام بالابتداء كدار الإقامة نعم لو شك في أثنائها في خروجه أتموا جمعة ؛ لأن الأصل بقاؤه ، ولو أخبرهم عدل بخروجه قال الدارمي : قال ابن المرزبان يحتمل فوتها قال : وعندي خلافه إلا أن يعلموا نقله في المجموع والأوجه فوتها عملا بخبر العدل

---

(١) حاشية عميرة، ٣١٩/٤

كما في غالب أبواب الفقه قال القونوي فيما يتعلق بالمسبوق ، وفي الفرق بين الوقت وبين القدوة ، والعدد في حقه نظر إذ كل منها شرط للجمعة مع أنه لم يحط عند الوقت فيما يتداركه كما حط عنه القدوة ، والعدد إلا إن ثبت أن اعتناء الشارع برعايته أكثر ، ولا يكفي في إثبات ذلك مجرد." (١)

"فالظاهر إجباره .ا هـ .، والمعتمد عدم **الإجبار** بل امتناع الافتداء ؛ لأنه بيع وبيع أم الولد ممتنع م ر." (٢)

".(فصل في الخيار) .(قوله : وصلح معاوضة) قال في شرح الروضة على غير منفعة .(قوله : وقسمة رد) بخلاف غيرها ولو جرى بالتراضي ؛ لأن الممتنع منه يجبر عليه **والإجبار** ينافي الخيار قال في شرح الروضة : دون قسمتي الإفراز والتعديل .قوله : ولو كان معطوفا إلخ) بينا في بعض الهوامش وجه الفرار من العطف .(قوله : وما رضي لنفسه يبقى لطفل لا له) اعلم أن الذي يظهر أنه لا يجوز له إلزام العقد للطفل إلا إذا كانت المصلحة فيه ومع ذلك فله الفسخ من جهة نفسه وإن كانت مصلحة الطفل في الإجازة ؛ لأنه فائدة ثبوت الخيار له إذ لو وجبت عليه مراعاة مصلحة الطفل مطلقا لم يكن في ثبوت الخيار لنفسه فائدة والحاصل أنه ليس له إجازة ، أو فسخ من جهة الطفل إلا بالمصلحة وأن له الإجازة والفسخ من جهة نفسه وإن كانت مصلحة الطفل في خلافه فليتأمل وما ذكره الشهاب في العباب وشرح الإرشاد الصغير هنا لا يخالف ما قلناه عند التأمل .(قوله : وفيه نظر) لعل وجه النظر أن إلزامهما للطفل مبني على أن المصلحة له ؛ لأنهما مأموران بمراعاة مصلحته وقضية أن مصلحته في الإلزام أن تكون المصلحة في الإلزام من جهتهما أيضا ؛ لئلا تفوت مصلحته فأين الأولوية ؟ (قوله : ولا بيع عبد نفسه) مضاف للمفعول قال في القوت ولو اشترى من شهد بحريته فأوجه أصحها يثبت للبائع فقط بر .(قوله : أي من نفسه) ظاهره أنه لا خيار للعبد ولا لبائعه وهو المعتمد كما قاله شيخنا الشهاب." (٣)

"(قوله ، والزائد أمانة) حيث كان الباقي للبائع فإن كان لغيره فلا بد من إذنه في القبض وإلا لم يكن أمانة إن كان منقولا فإن كان عقارا لم يحتج لإذنه ؛ لأن اليد على المنقول حسية وعلى العقار حكمية وفي كلام سم نقلا عن شيخنا ر أن إذن شريك البائع في المنقول شرط لصحة القبض لا لكونه أمانة فقط وذكروا في الرهن أن المتوقف على إذن الشريك الحل لا صحة القبض .ا هـ .حلبي .ا هـ .جمل على المنهج

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٤/٤٩٣

(٢) شرح البهجة الوردية، ٨/٣٥٠

(٣) شرح البهجة الوردية، ٩/٥٣

ونقل سم على حجر عن م ر أن المتوقف على إذن الشريك إنما هو الحل لا صحة القبض .ا هـ .منه أيضا .(قوله : كالشفعة) يأخذ بها الشفيع قبل قبض المشتري الشقص .ا هـ .منه (قوله : وكان الثمن في الذمة) قيد بالثمن لأنه إذا كان المبيع في الذمة كان سلما ولو عقد بلفظ البيع عند الشارح ، والسلم لا إجبار فيه ؛ لأن **الإجبار** لا يكون إلا بعد اللزوم ، والسلم لا يلزم إلا بعد القبض ، والتفرق من المجلس فللمتضرر فسخ العقد أو مفارقة المجلس بلا قبض فينفسخ العقد وإذا جرينا على قول م ر إنه إذا عقد بلفظ البيع كان بيعا جرى فيه ما هنا فإن كان المبيع فقط في الذمة انعكس الحكم فيجبر المشتري أو كانا في الذمة فالحكم كما إذا كانا معينين .ا هـ .ق ل على الجلال وحجر و ع ش (قوله : يجبر على تسليم الثمن) وليس للبائع بامتناعه من التسليم الفسخ وحينئذ يصير المشتري محجورا عليه في أمواله الحاضرة وإن جاز له الوفاء من غيرها فيجبره الحاكم على الوفاء منها إن لم يوف من غيرها .ا هـ .ق ل على الجلال." (١)

"وقوله يصير المشتري محجورا عليه إلخ قال م ر وإلا لم يكن للإجبار فائدة .(قوله : إن حضر الثمن) أي حضر نوعه لأنه في الذمة .ا هـ .ق ل على الجلال (قوله : أخذا من الشرح الكبير ..إلخ) أي من تصويره محل إجبارهما بما إذا باع عرضا بعرض لكنه صرح في الصغير بأنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الثمن نقدا أو عرضا وقال في الروضة الذي قطع به الجمهور وهو المذهب سقوط إجبار البائع أيضا فيما إذا باعه نقدا بنقد كما لو باعه عرضا بعرض .ا هـ .عراقي (قوله : لا يجبر البائع) بل لا يجوز له التسليم حتى يقبض الثمن .ا هـ .تحفة (قوله : أو أحدهما فقط) أي أحدهما المعين وهو المبيع إذ لو كان المعين الثمن ، والمبيع في الذمة كان سلما عند الشارح ولا يمكن **الإجبار** فيه على القبض ؛ لأن **الإجبار** بعد اللزوم وهو لا يلزم إلا بالقبض ، والتفرق من المجلس .." (٢)

"إذا وفى المبيع بالثمن ...إلخ) الحاصل أنه إذا لم يف المبيع بالثمن جاز له الفسخ جزما مطلقا وإلا فإن سلم بإجبار فكذلك يجوز جزما وإن سلم تبرعا فلا حجر ولا فسخ على الراجح (قوله : إذا وفى المبيع بالثمن) لعل مفهومه أنه إذا لم يف يكون له الفسخ بعد حجر الحاكم **كالإجبار** راجعه .ا هـ .بهامش شرح م ر .ا هـ .مرصفي (قوله في أنه لا يرجع إلى عين المال) هذا صريح في أن الفسخ لا يجري في هذا القسم أعني ما إذا كان ماله غائبا إلى دون مرحلتين خلافا لما اقتضاه كلام شرح الروض (قوله : ويغني عنه حجر الفلس) ويتعلق حينئذ بعين متاعه إن جهل الحال فإن علم فلا وعلى كل لا يزاحم الغرماء بالثمن إن

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٩/١٩٨

(٢) شرح البهجة الوردية، ٩/١٩٩

فقد المبيع ثم إن الحجر بالفلس شرطه زيادة دينه على ماله وهذا ينافي اليسار الذي هو فرض المسألة ويجاب بأن اليسار إنما ينافي الفلس ابتداء أما بعد الحجر به فلا ينافيه لجواز طرو يساره بعد الحجر بما يزيد به ماله عن دينه فيكون موسرا مع الحجر لأنه لا ينفك إلا بفك القاضي .ا هـ .ع ش و سم على حجر (قوله : ويغني عنه حجر الفلس إن كان) لكن البائع في هذه يرجع إلى عين ماله بشرطه فلا يكون من هذا الباب .ا هـ .شرح الروض .." (١)

"في مسألة العلو والسفل قال ما نصه : وبما قاله كغيره يؤخذ أن له البناء بآلته وإن لم يمتنع الأسفل ومثله الشريك في الجدار المشترك ونحوه وفي ذلك وقفة ا هـ نعم قول المصنف لشريك امتنع قد يدل على أنه ليس لأحدهما العمارة قبل امتناع الآخر ، ثم لو قلنا بالجواز قبل الامتناع فهل له منع الآخر من الانتفاع بنحو فتح الكوة وغرز الوتد ؟ فيه نظر (قوله : ؛ لأن له حقا إلخ) قال السبكي : لا دليل على ذلك فالوجه التوقف ولم أر لأحد من الأصحاب خلافا لذلك ولكن الفقه يقتضي ما ذكرته فإن العرصة مشتركة ولا حق لأحدهما على الآخر في الاستبداد بها لا سيما وهو يمكنه المقاسمة فإن الصحيح جريان المقاسمة في ذلك بالتراضي عرضا في كمال الطول وبها يندفع الضرر فما الداعي إلى **الإجبار** على تمكينه من البناء على غير ملكه ؟ ويبقى البناء بلا أجرة في أرض الغير من غير إعارة منه ولا إجارة ولا بيع هذا بعيد من القواعد قال : الأذرعي وما ذكره ظاهر كذا في الناشري وهو صريح في أنه لا أجرة عليه للشريك الآخر وانظر ما دل عليه قوله : فإن العرصة إلخ مع ما في الحاشية الأخرى عن ابن المقري (قوله : ؛ ولأنه يجوز لصاحب العلو إلخ) قال : في الروض ولصاحب العلو بناؤه أي السفل بماله فقط ويكون المعاد ملكه ولصاحب السفل السكنى أي في المعاد وللأعلى هدمه وكذا للأسفل إن بناه أي الأعلى قبل امتناعه ما لم يبن علوه فإن بناه فللأسفل تملك السفل بالقيمة أي وليس له هدمه قال في الشرح :." (٢)

"قوله : وإلا حلف كل إلخ) أي أن صاحبه لا يستحقه حجر فيقول : والله لا يستحق في النصف الذي بيدي شيئا بر (قوله : النفي ، والإثبات) أي بأن يحلف أن الجميع له لا حق للآخر فيه ، أو لا حق له في النصف الذي يدعيه والنصف الآخر لي حجر (قوله : في الرصوف) يمكن جعل " في " للمعية ، أو من قبيل ظرفية الجنس لفرده أي الاتصال الكائن في الترصيف الذي هو من جملة أفراده (قوله : بمعنى أنه) أي بناءه (قوله : إذا ضممت بعضهما إلى بعض) هذا أعم من المراد هنا (قوله : فإذا حلفا

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٢٠٣/٩

(٢) شرح البهجة الوردية، ٢٩٥/١٠

بقيت الجذوع) عبارة شرح الروض فإذا حلفا بقيت الجذوع بحالها لاحتمال أنها وضعت بحق من إعارة ، أو إجارة ، أو بيع ، أو قضاء قاض يرى **الإجبار** على الوضع ، والذي ينزل عليه منها الإعارة ؛ لأنها أضعف الأسباب فلمالك الجدار قلع الجذوع بالأرش ، أو الإبقاء بالأجرة ا هـ وفيه أمران : أحدهما أن قوله : " فإذا حلفا " بألف التثنية يقتضي فرض الكلام فيما إذا حلف كل منهما فينافي قوله : " فلمالك الجدار " ؛ لأنه إذا حلف كل منهما كان بينهما ، فما معنى قوله : فلمالك الجدار ؟ والثاني أنه إذا حلف كل منهما كانا مشتركين فيه وقد تقدم أن جذوع الشريك يمتنع قلعها بالأرش ، فقوله هنا أن له القلع بالأرش مناف لذلك .هذا كله إن ثبت " حلفا " بألف التثنية ، ويحتمل أنه حلف بالإفراد أي أحدهما وهو غير صاحب الجذوع ، وحينئذ يندفع الأمر الأول وكذا الثاني من هذه الجهة ، لكنه يرد من جهة أخرى ؛ لأن صاحب الجذوع." (١)

"قوله : حتى إذا ترك المؤجر ما عليه إلخ) أي : في الابتداء ؛ إذ لا خيار بعد انقضاء المدة تدبر .(قوله : واختار السبكي إلخ) واختاره الروياني أيضا وعلله السبكي بأن الفرق يقتضيه .ا هـ .ناشري .(قوله : بخلاف ما وقع منه) أي : في الابتداء ، أو الدوام إلا إذا كان في الثانية الساكن ينتفع بالسطح فعليه .(قوله : لم يضمنه) وإن ضاع بتقصير ضمنه ، ومع ذلك هو على المؤجر فإن امتنع من تجديده انفسخت الإجارة مدة الامتناع .ا هـ .م ر قال الرشيدي : لعل صورة المسألة أنه غير منتفع بالدار في تلك المدة بأن ضاع المفتاح قبل فتحها ، أما بعده فلا وجه للانفساخ أي : سقوط القسط من الأجرة .(قوله : ويعمر الذي انهدم بغير كره) أي : إجبار ظاهره سواء احتاج إلى عين جديدة ، أو لا وهو ما قاله المتولي والبغوي وقال الإمام والغزالي والسرخسي : يجبر إن لم يحتج إلى عين جديدة وإلا لم يجبر وهذا إن لم يقارن العقد ، وإلا فلا يجبر قطعا هذا في **الإجبار** وعدمه ، وأما الخيار فإن بادر المؤجر للإصلاح فلا خيار للمستأجر وإلا فله الخيار إن نقصت المنفعة كذا في الروضة .(قوله : واستثنى في الروضة إلخ) قال سم في حاشية المنهج : فرع قال في الروض : فرع وتفريغ الحش ، والبالوعة ، ومنتقع الحمام من وظيفة المالك ابتداء وانتهاء لا في الدوام انتهى وقوله ابتداء أي : وإن كان المستأجر عند العقد عالما بذلك كما اعتمده م ر في الحش ، والبالوعة ، ولم يذكر غيرهما .ا هـ .وقوله : ولم يذكر غيرهما." (٢)

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٣٠٦/١٠

(٢) شرح البهجة الوردية، ١٦٠/١٢

"(قوله : من الأب) وإن لم يل المال لطرو سفه بعد البلوغ على النص ؛ لأن العار عليه خلافا لمن وهم فيه فزعم أن ولاية تزويجها حينئذ للقاضي كولاية مالها حج (قوله : التي ليس بينها وبينه عداوة) قال في شرح الروض قال الشيخ ولي الدين العراقي وينبغي أن يعتبر في **الإجبار** أيضا انتفاء العداوة بينها وبين الزوج .ا هـ .وإنما لم يعتبر ظهور العداوة هنا كما اعتبر ثم لظهور الفرق بين الزوج والولي المجبر بل قد يقال لا حاجة إلى ما قاله ؛ لأن انتفاء العداوة بينها وبين الولي يقتضي أن لا يزوجها إلا من يحصل لها منه حظ ومصلحة لشفقته عليها إما لمجرد كراهتها له فلا يؤثر لكن يكره لوليها أن يزوجها منه كما نص عليه في الأم .ا هـ .واعلم أن عدم العداوة بينها وبين الولي والزوج على ما تقرر وكونه من كفء موسر بحال المهر معتبران في صحة النكاح وأما كونه بمهر المثل من نقد البلد فمعتبر لجواز **الإجبار** لا لصحة النكاح ، فلا يفسده الإخلال به قوله : أما الموطوءة في قبلها) وظاهر أن الموطوءة في أحد القبلين الأصليين ثيب." (١)

"(و) يزوجان جوازا الصغير العاقل (أربعا) ؛ لأن المرعي في نكاحه المصلحة وقد يكون له فيه مصلحة وغبطة تظهر للولي (و) يزوجانه (غير الكفؤ) له ؛ لأن الرجل لا يتغير باستفراشه من لا تكافئه (لا معيبة) بعيب يثبت الخيار في النكاح لانتفاء الغبطة (و) لا (أمة) لانتفاء العنت عنه فلو زوجه عمياء أو عجوزا أو فاقدة بعض الأطراف فوجهان في الروضة وأصلها صحح منهما البلقيني عدم الجواز ونقله عن نص الأم .قال في الروضة وأصلها : ويجب أن يكون في تزويج الصغيرة بأعمى أو أقطع أو شيخ هم الوجهانs(قوله : صحح منهما البلقيني عدم الجواز إلخ) قال في شرح الروض وقد فرض الكلام في الصغير والمجنون ؛ لأنه أي الولي إنما يزوجهما بالمصلحة ولا مصلحة لهما في ذلك بل فيه ضرر عليهما ثم قال في تصحيح الجواز الآتي في الصغيرة ؛ لأن وليها إنما يزوجها **بالإجبار** من الكفء وكل من هؤلاء كفء فالمأخذ في هذه وما قبلها مختلف .ا هـ .وقد يرد عليه منع الاكتفاء بالكفاءة في إجبارها بدليل أنه لو زوجها من معسر لم يصح كما نقله الشيخان وأقراه وهو المعتمد خلافا لمن نازع فيه ووجهه انتفاء المصلحة في تزويج المعسر فليتأمل سم." (٢)

"وقضية كلامهم في الكلام على الكفاءة تصحيح الجواز فقول النظم (من عقلا) مفعول يزوجان المقدر كما تقرر (وزوجا) أي الأب والجد أي كل منهما جوازا (مجنونة) صغيرة أو كبيرة بكرا أو ثيبا (

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٤/٢٤٦

(٢) شرح البهجة الوردية، ١٤/٢٥٣

بالمصلحه) في تزويجها من كفاية نفقة وغيرها ولا تعتبر الحاجة إليه بخلاف المجنون ؛ لأن النكاح يفيدها المهر والنفقة ويغرم المجنون ويفارق ذلك امتناع تزويج الثيب الصغيرة العاقلة كما فهم مما مر ؛ لأن للبلوغ غاية مرتقبة فيمكن انتظارها للإذن بخلاف الإفاقة (وإن طرا) جنونها (بعد البلوغ) فالحاوي كأكثر الأصحاب (رجحه) أي جواز تزويج كل من الأب والجد لها بالمصلحة بناء على أن من بلغ عا قلا ثم جن فولاية ماله لأبيه وهو الأصح كما مر في باب الحجر وقيل إنما يزوجها السلطان بناء على أن الولاية له في هذه الحالة وأراد بترجيح الحاوي جزمه فإنه لم يذكر خلافا في ذلك ، وإن ذكره غيره وأفهم كلامه أن ما ذكر من **الإجبار** واللزوم وغيرهما لا يكون لغير الأب والجد وهو كذلك لانتفاء كمال الشفقة إلا في تزويج المجنونة والمجنون المحتاجين فللسلطان ذلك بعدهما كما ذكر الأول صريحا والثاني تلويحا بقولهs." (١)

"بد من الإذن الصريح في انتفاء شروط **الإجبار** السبعة ولا يكفي في ذلك سكوتها سواء كان المزوج المجبر أو غيره فإن لم تأذن صريحا بطل عقد النكاح عند انتفاء شرط من شروط الصحة وعقد الصداق عند انتفاء جواز الإقدام .ا هـ .." (٢)

"(قوله : يقدر على التزويج معها) أي لمن معه لا لمن هو غائب عنها بكتابة إذ لا يصح التزويج بالكتابة كما في أصل الروضة ؛ لأنها كناية .ا هـ .ع ش مع زيادة (قوله : فإن لم يحجر عليه إلخ) بأن بلغ رشيدا ثم بذر ولم يحجر عليه والمراد ببلوغه رشيدا أن يمضي له بعد بلوغه زمن لم يحصل فيه ما ينافي الرشد تقضي العادة برشد من مر عليه ذلك من غير تعاطي ما يحصل به لا بمجرد كونه لم يتعاط منافيا وقت البلوغ بخصوصه .ا هـ .ع ش على م ر (قوله : قال الرافعي إلخ) هو المعتمد م ر (قوله : ؛ لأنه نقص يقدح إلخ) فيه أن خارم المروءة يقدح في الشهادة ولا يمنع الولاية (قوله : وقال الغزالي : إلخ) ضعيف ؛ لأن الحاكم يزوج للضرورة وقضاؤه نافذ .ا هـ .شرح م ر (قوله : فيزوج بناته وبنات غيره بالولاية العامة) قد يقال إن فسقه نقل الولاية للأبعد حينئذ ؛ لأنه منعه من أن يزوج بالولاية الخاصة فنقل الولاية إليه من حيث كونه الإمام الأعظم إلا أن يقال إن أثر الولاية الخاصة باق وهو **الإجبار** (قوله : فيزوج بناته إلخ) أي إن لم يكن لهن ولي خاص كأخ ونحوه كما قاله وإلا فالولاية له وهل يجبر الإمام إذا زوج بناته ؛ لأنه أب جاز له التزويج أو لا بد من الاستئذان ؟ مال م ر للأول سم على حجر لكن مقتضى أنه لا يزوج

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٤/٢٥٥

(٢) شرح البهجة الوردية، ١٤/٢٦٨

إلا عند فقد ولي خاص الثاني ؛ لأنه اشترط في تزويجه فقد القريب العدل فتمحض تزويجه بالولاية العامة وهي لا تقتضي **الإجبار** بل عدمه .ا هـ .ع ش على م ر والذي يظهر كما." (١)

"(، وإن بدون الإذن ينكح) أي : السفيه امرأة (راشده) أي : رشيدة (ولو مع الوطء) أي : وطئه لها (فلا) حد ، وإن كان النكاح باطلا للشبهة ، ولا (مهر) ، وإن انفك عنه الحجر ؛ لأنها سلطته على بضعها فصار كما لو اشترى شيئا وأتلفه لا ضمان عليه كما مر آخر الوديعة ، ولا يضر جهلها بحاله لتمكينها نفسها مع تقدم إذنها ، وهذا في الظاهر أما في الباطن فلها عليه مهر المثل كما نص عليه في الأم ومحل عدم وجوب المهر إذا وطئها مختارة ، فلو وطئها مكرهة أو نائمة ، فالأوجه وجوبه ، وقد صرح به الماوردي في المكرهة ، وخرج بقوله من زيادته راشدة المحجور عليها بسفه أو صبا أو جنون ، فلها عليه مهر المثل إذ لا أثر لتمكينها كما لو ابتاع شيئا من مثله وأتلفه قال الإسنوي : في تنقيحه وينبغي أن تكون المزوجة **بالإجبار** كذلك ، فإنه لا تقصير من قبلها ، فإنها لم تأذن والتمكين واجب عليها (كما) لو (زوج) شخص (عبدا أمة له هما) أي : هما له لا مهر لها ؛ لأن السيد لا يثبت له على عبده دين بدليل جنايته عليه أو على ماله (كالحكم في) أمة (مريض موت قد سمح بعتقها وتلك ثلث ونكح) أي : وهي ثلث ماله ونكحها ومات ، فإنه لا مهر لها أيضا إذ لو ثبت لها المهر لنقصت التركة فلا تخرج من الثلث فيرق بعضها ، فلا يصح نكاحها ، فلا يثبت مهرها ، نعم إن دخل بها ، فقد أتلف منفعة بعضها ، فإن عفت عن المهر استمر عتقها ، وإلا فيتبين رق بعضها وفساد النكاح أيضا ، فتأخذ من المهر." (٢)

"بقدر ما عتق فقط ، ولا مهر أيضا إذا نكح كافر كافرة بالتفويض واعتقدا أن لا مهر ثم أسلما كما سيأتي في نكاح المشركات وتقدم في خصائص النبي صلى الله عليه وسلم أنه لا يجب عليه في نكاحه مهرs(قوله : والتمكين واجب عليها) كيف الوجوب مع البطلان ؟ إلا أن يفرض هذا في الجاهلية بحاله لكن لا خصوصية حينئذ للمزوجة **بالإجبار** ، إذ غيرها قد تجهل (قوله : فلا يثبت مهرها) فثبوت المهر يؤدي إلى عدم ثبوته (قوله : لا يكافئ النفيسة) أي : صاحبها." (٣)

"وإذا أسلم الزوجان (قرر) نكاحهما لحكمنا بصحته في الكفر (لا إن قارن الذي فسد به) النكاح (سوى الطارئ إسلام أحد) منهما كأن نكح محرمه أو مطلقته ثلاثا بلا تحليل ، أو نكح امرأة في عدة

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٢٧٦/١٤

(٢) شرح البهجة الوردية، ٣٠١/١٤

(٣) شرح البهجة الوردية، ٣٠٢/١٤

غيره أو بشرط خيار وبقيت العدة ومدة الخيار إلى إسلام أحدهما ، فإنه لا يقرر ، إذ يمتنع ابتداء نكاحها في الإسلام واكتفوا بمقارنة المفسد إسلام أحدهما تغليبا للفساد ، فإن لم يقارنه كأن نكح بلا ولي ، ولا شهود أو زوج الأب أو الجد الثيب أو غيرهما البكر أو الثيب **بالإجبار** أو راجع الرجعية في القرء الرابع مع اعتقاد امتداد الرجعة إليه قرر النكاح لانتفاء المفسد عند الإسلام وخرج بسوى الطارئ المفسد الطارئ إذا قارن إسلام أحدهما ، فإنه إن لم يرفع النكاح كأن وطئت بعده بشبهة وبقيت العدة إلى إسلام أحدهما قرر ، وإن رفعه كرضاع ووطء رافعين له ، فلا .(و) لا إن قارن (اليسر أو أمن الزنا في) نكاح (ا لأمة وإن طرا) أحدهما عليه .(الإسلام من هذا) أي : الزوج .(وتي) أي : الزوجة ، فإنه لا يقرر نكاحهما ؛ لأنه ليس ممن يحل له نكاح الأمة حينئذ بخلاف ما إذا لم يقارن إسلامهما كأن أسلم عليها ، وهو موسر أو أمن الزنا ثم أسلمت ، وهو معسر خائف الزنا أو بالعكس ، فإنه يقرر نكاحهما لانتفاء المفسد عند اجتماعهما في الإسلام واعتبر هنا مقارنة إسلامهما معا ؛ لأن وقت اجتماعهما فيه هو وقت جواز نكاح الأمة ، فإنه إن سبق إسلامه فالأمة الكافرة لا تحل له أو إسلامها ،." (١)

"(فرع) زاد الترجمة به (لو نكح) شخص (ملك) أي : مملوكة (مورث له ثم هلك مورث) أي : مورثه كما في بعض النسخ بإسكان الهاء .(وبعضها) أو كلها المفهوم بالأولى .(إرثا) قد (ملك) انفسخ النكاح لما مر ثم إن كان ذلك .(من بعد وطء) منه لها .(فيكون المهر) كله .(تركة) لعدم سقوط شيء منه بالانفساخ .(و) إن كان من .(قبل وطء) فيكون (شطر) أي : نصف المهر تركة لسقوط النصف الآخر بالانفساخ قبل الوطء لحصوله لا بسببها فيقضى من الكل أو من النصف ديون المورث ووصاياه إن كانت ، وإلا ، فإن كان الزوج وارثا حائزا سقط عنه ؛ لأن ما كان عليه صار له ، وإلا فلغيره من الورثة أخذ نصيبه .(ومحرمية ، ولا عذر) أي : ولو (ادعت راضية) بالنكاح من معين (نطقا) أي : بالنطق محرمية بينهما كقولها : هو أخي من الرضاع أو وطئني أبوه أو ابنه بشبهة ، ولا عذر له (بها) أي : بالمحرمية .(ما سمعت) دعواها ؛ لأنها تناقض ما تضمنه رضاها من حلها له فقوله : بها متعلق بدعواها المقدر ، ويجوز تعلقه بعذر بجعل الضمير عائدا على راضية وقوله : نطقا من زيادته أما إذا ذكرت عذرا كغلط أو نسيان أو جهل أو لم تذكر عذرا ، ولم ترض بالنكاح بأن زوجت **بالإجبار** أو رضيت به من غير معين أو من معين لكنها سكتت عن الإذن بأن كانت بكرا وزوجها غير المجبر ، فإن دعواها

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٤/٤١٠

تسمع في الجميع لتحليف الزوج أنه لا يعلم بينهما محرمية على ما في تحليفه من الخلاف في الثانية كما ذكره فيها." (١)

"(قوله : المفهوم بالأولى) لا يخفى أن صورة ملكه لكلها أن يكون جائزا ، وحينئذ فكيف يعقل أن يكون جعل المهر تركة في حالة جوازه أولى منه في حالة مشاركة الغير له في الميراث ؟ هذا غير صحيح بلا ارتياب ، فحذف ذلك عين الصواب برلسي الظاهر أن الشرح لاحظ فيما قاله مجرد انفساخ النكاح وكأنه سها عما بعده .(قوله : ولم ترض بالنكاح) بأن زوجت **بالإجبار** أو رضيت به من غير معين في الروض خلاف ذلك فيهما وهو أن القول قولها بيمينها ، وعبارته مع شرحه ، فلو كانت مجبرة وزوجت بلا إذن أو أذنت ، ولو مجبرة في نكاحها برجل غير معين وادعت ذلك ، فالقول قولها بيمينها لاحتمال قولها ولم تعترف بنقيضه فصار كما لو قالته ابتداء لا تزوج به ا هـ كذا شرح م ر .(قوله : أو من معين إلخ) كذا في الروض وشرحه ، وقوله : لكنها سكتت عبارة الروض فأذنت بالسكوت (قوله : بخلاف ما لو باعه بنفسه أو وكيله) قال في شرح الروض ، نعم إن لم يكن قال في الأولى حين باعه وهو ملكي سمعت دعواه وبينته ثم ذكر عن البلقيني في مسألة التوكيل ما ينبغي الوقوف عليه .قوله : أو وكيله) قال في شرح الروض قال البلقيني : قوله : أو توكيله محمول على توكيل ببيع معين ثم يدعي الموكل بعد بيع الوكيل ولزومه أنه كان أعتقه قبل التوكيل أما لو كانت الوكالة مطلقة أو في معين وادعى عتقا بعد التوكيل ولم يقصر في ترك إعلام الوكيل صدق الموكل بيمينه .ا هـ .." (٢)

"(وفي النزاع) بين الزوجين فيمن يبدأ منهما بالتسليم يجبران ليوفى كل منهما ما للآخر بأن يؤمر الزوج بوضع الصداق عند أمين ثم تؤمر الزوجة بالتمكين فإذا مكنت سلمه الأمين .وإلى ذلك أشار بقوله (فلدى أمين) أي : فعند عدل (يوضع) الصداق (فالتسليم) أي : ثم تسليم الأمين الصداق يجب (بالتمكين) أي : بسبب تمكينها وإن لم يأتها الزوج قال الإمام : فلو هم بالوطء بعد أن تسلمت الصداق فامتنعت فالوجه استرداده واستشكل ابن الرفعة وضعه عند أمين بأنه إن كان نائبها فالمجبر الزوج ، وإلا فالزوجة وأجاب بأنه نائبها ، كما صرح به الجيلي واقتضاه كلام الأصحاب فيما إذا أخذ الحاكم الدين من الممتنع فإن المأخوذ يملكه الغريم وتبرأ ذمة المأخوذ منه ومع كونه نائبها هو ممنوع من تسليمه وهي ممنوعة من التصرف فيه قبل تمكينها بخلاف القول بإجبار الزوج ، فإنا إذا أجبرناه أطلقنا تصرفها في المأخوذ

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٥/٦٦

(٢) شرح البهجة الوردية، ١٥/٦٨

بمجرد القبض وأجاب آخر بأنه نائبهما ، واستشهد له بمقتضى كلام الأصحاب المذكور وهو ظاهر وآخر بأنه نائبه ولا محذور في إجبارها لزوال العلة المقتضية لعدم إجبارها .(ومن يبادر) منهما إلى تسليم ما عليه (يجبر الثاني) على تسليم ما يقابله (ومع منع سوى مبادر) أي : عند امتناعه من التسليم بلا عذر (إن شا) أي : المبادر منهما (رجع) فيما سلمه لعدم حصول الغرض لكن رجوع الزوج مفرع على أنه يجبر أولا ؛ لأن **الإجبار** شرطه التمكين فإن قلنا : لا يجبر أولا وهو." [1]

"السابق فكان كالإرث .(قوله : ولو قبل التأبير) هذا سهو قطعا ؛ لأن الثمرة قبل التأبير زيادة متصلة لا يتوقف الرجوع فيها على اتفاقهما ، بل لو سمحت المرأة وجب عليه القبول ، كما هو مصرح به في الروضة ، والمنهاج وسائر كتب المذهب والله أعلم ا هـ .برلسي .(قوله : لم يجبر) ولو سمحت له بنصف الثمرة لم يجبر على قبول ذلك بخلاف ما لو أصدقها نخيلا بلا طلع فأطلعت عندها ، ثم سمحت بنصف الطلع مع نصف الشجر فإنه يجبر على القبول ، وظهور النور كظهور الطلع ، وانعقاد الثمر مع تناثر النور كالتأبير بر .(قوله : ولو طلب أحدهما إلخ) إن صور بالإبقاء إلى الجذاذ أشكل لما صححه الشيخان فيما بعدها ؛ لأن زيادة هذه بالتزام السقي لا تقتضي المغايرة ، أو بدونه أغنى عنه وليس له تكليفها إلخ فلتحرر صورة هذه مع صورة ما بعدها .(قوله : لم يجبر الآخر) لكن له موافقته فيملك الزوج إن وفى ، كما سيأتي في شرح قوله وترك سقي إلخ .(قوله : ولأن الممتنع) وهو الذي لم يوافق الطالب .(قوله : والذي صححه الشيخان فيها إجباره) أي : إذا قبض النصف شائعا بحيث برئت من ضمانه ، كما هو ظاهر وإلا فلا إجبار لضرر الضمان ..(قوله : إجباره) أي : الآخر .(قوله : فلو قال : ارجع) أي : ولا أقبضه الآن كما هو ظاهر ليتأتى تعليل عدم **الإجبار** بالبناء على بطلان الإبراء من ضمان العين إذ لو قال : ارجع واقبض النصف أي : بقبض الجميع ، ثم اجعله وديعة عندك لم يتأت التعليل المذكور ؛ إذ لا." [2]

"(قوله : أو عن مهر) أي عن الحال منه وكذا عن بعضه على الراجح فإن كان الإعسار بذلك موجودا حال العقد وكان التزويج **بالإجبار** لقاصرة أو بالغة فالعقد فاسد على الراجح كما في فقد الكفاءة إلا إن كانت الزوجة أمة لأن المهر لسيدها فله الخيار إن لم يرض بالإعسار وإن طرأ الإعسار بذلك بعد العقد أو كان التزويج بغير **الإجبار** فهو محل ما هنا ا هـ .شيخنا ذ (قوله : الصبر منها) أي حتى في الغائب المعسر نقله الرشيدي عن سم (قوله : بإمهال القاضي له) وإن لم يستمهله وإمهاله واجب لكن

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٧٦/١٥

(٢) شرح البهجة الوردية، ١٥١/١٥

الذي في م ر أن من غاب ماله بمسافة القصر لا يجب إمهاله إلا إن طلب الإمهال وفرق بينه وبين المعسر بأن هذا من شأنه القدرة لتيسر اقتراضه بخلاف المعسر (قوله : ولو غاب موسرا) المراد بالموسر هنا من قدر ولو على مؤنة المعسرين ، وبالمعسر خلافه إذ لا فسخ إلا بالعجز عن مؤنة المعسرين (قوله : ولو غاب موسرا) عبارة شيخنا رحمه الله في رسالة المنهج (فرع) إذا غاب الزوج أو امتنع من الإنفاق وهو فيهما موسر بما مر أو مجهول الحال فلا فسخ وإن نفدت النفقة لعدم تحقق الإعسار الواردة فيه السنة هذا هو المذهب قال في الأم لا فسخ ما دام موسرا أي ما دام لم يعلم إعساره بما مر وإن انقطع خبره وتعذر استيفاء النفقة منه .ا هـ .وجرى ابن الصلاح وشيخ الإسلام وكثير من المحققين على أنه إذا تعذر استيفاء النفقة من كل الوجوه لانقطاع خبره أو تعذره بحيث لا يتمكن الحاكم من جبره ولم يوجد له." (١)

"(قوله : ففي الروضة كأصلها ...إلخ) كان وجه الاستدلال بكلام الروضة كأصلها المذكور أنه سوى بين الأب والأم في الثبوت على قول وفي عدمه على آخر فإذا أثبت المصنف للأب فليثبت للأم فليتأمل (قوله : قال في المهمات : وعليه الفتوى) كذلك اعتمده ابن المقري وأثبته في متن الإرشاد وجمع هذه المسائل بعبارة حسنة وجيزة حيث قال : ولعصبة وأم إسكان ذات تهمة جبرا لا عفيفة ولو بكرا كذا بخط شيخنا ولا يخفى مخالفة المصنف لكلام الإرشاد وفي شرحه بعد تقرير كلامه قيل للولي إسكان البكر جبرا مطلقا وعليه جرى الحاوي وعليه فالأصح أن ذلك لا يختص بالأب والجد بل مثلهما سائر العصبة خلافا لما في الحاوي أيضا ا هـ وفي شرح الروض وذكر أي الأصل في البكر أي عند عدم الريبة أنه يكره لها مفارقة أبويها .ا هـ .(قوله : فإن لم يكن تهمة فلا إجبار) ينبغي اختصاص ذلك بالرشيدة فإن كانت قد بلغت سفيهة فيجيء فيها ما سيأتي في الأمرد بالأولى بر (قوله قلت ...إلخ) هذا يفيد أن قوله إسكان بكر ...إلخ مخصوص بغير التهمة فهو مخالف لقول الإرشاد لا عفيفة ولو بكرا فليتأمل (قوله : فإن تتهم ...إلخ) مثله فيما يظهر حالة عدم الاتهام السابقة على ما ذهب إليه ابن كج من **الإجبار** ويحتمل اختصاص ذلك بالأب والجد فقط كما اقتضاه صنيع المتن السابق ، ثم رأيت في شرح الجوجري أنه على القول بإجبار البكر لا يختص الحكم بالأب والجد كذا بخط شيخنا (قوله للأبوين) أي الأب والأم." (٢)

"(قوله : إسكان بكر) أي خلية أما المزوجة فإسكانها للزوج وكذا يقال في الثيب .ا هـ .شرح الإرشاد وهو مأخوذ من قول الشارح حتى تزوج وتزف (قوله وليس كذلك) لكن هذه طريقة العراقيين

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٦٢/١٧

(٢) شرح البهجة الوردية، ٢٠٦/١٧

والمصنف جرى على طريقة الغزالي ، وقد صرح كما في الروضة باختصاص هذه الولاية بالأب والجد كولاية **الإجبار** في النكاح وحينئذ فالمصنف جار على أنها تجبر كما هو رأي الغزالي كما يدل عليه عطف إسكان الثيب عند الاتهام فالأولى للشارح أن يبين طريقة المصنف وينبه عليها ثم يذكر ما هو المعتمد (قوله : نعم) وحينئذ لا يتولى هذه الولاية إلا من له **الإجبار** في النكاح وهو الأب والجد لأنها ولاية إجبار كولاية إجبار النكاح فلا تثبت للأم ولا لباقي العصب (قوله : وتجبر على ذلك) أي ولو لغير المجبر في النكاح بلا خلاف قوله : ولاية الإسكان الثابتة إلخ) صريح في ثبوت ولاية **الإجبار** للأب والجد فيما سبق وهي طريقة الغزالي .." (١)

"(وأجره بحصص عليهم) أي وأجر القاسم على الشركاء بقدر حصصهم المأخوذة ، لا بعدد رءوسهم ؛ لأنه من مؤن الملك كالنفقة ، نعم منصوب الحاكم أجره من بيت المال إن كان فيه لذلك شيء ، هذا إذا كان العمل بإيجار فاسد أو بإيجار صحيح غير مفصل لما على كل واحد ، (أما) إذا كان (بإيجار) صحيح مفصل لذلك (وليس يستقل به) أي : بالإيجار (شريك) بغير إذن البقية ، وإن عقدوا بعده ؛ لأن ذلك يقتضي التصرف في ملك الغير بغير إذنه ، نعم له ذلك كغيره في قسمة **الإجبار** بأمر الحاكم ، وهذا مقحم بين أما وجوابها وهو قوله : (فالذي سماه كل) منهم هو الواجب عليه أجرة للقاسم ، سواء كان مساويا بالأجر مثل حصته أم لا ، (حتى لطفل) أي الأجر عليهم حتى على طفل قسم عليه ملكه (دون غبطة ترى) له في القسمة ، (إن طالبوا) أي : شركاؤه (وليه) بها ؛ لأن الإجابة إليها واجبة ، والأجرة من المؤن التابعة لها . فإن لم يطالبوه بها لم يطالبهم بها بلا غبطة ، ومع الغبطة يلزمه طلبها وكالطفل المجنون والمحجور عليه بسفه .s." (٢)

"(و) يقسم (بتراض) لا بإجبار ، (في سوى ما قيلا) أي : في غير ما يقسم **بالإجبار** (مكرر) أي : التراضي بأن يوجد قبل القرعة وبعدها ، ويشترط ذلك في كل قسمة وقعت بالتراضي من قسمة الرد وغيرها ، وقسمة الرد ما لا يمكن فيه التسوية باعتبار الصفة أو القيمة لاختصاص بعضه ببئر أو بيت أو شجر أو نحوها ، فعلى آخذ ذلك البعض قسط قيمة ما اختص به ، ولا إجبار في ذلك ؛ لأن فيه تمليكا لما ليس مشتركا بين الشريكين فكانا كغير الشريكين ، أما قسمة **الإجبار** ، فلا يعتبر فيها الرضى لا قبل القرعة ولا بعدها ، ومحل اعتبار تكرير التراضي إذا حكمت القرعة ، أما لو اتفقا على أن يأخذ أحدهما

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٢٠٨/١٧

(٢) شرح البهجة الوردية، ٣٢٨/٢٠

أحد الجانبين والآخر الآخر ، أو يأخذ أحدهما العبد الخسيس والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فجائز بغير قرعة وتكرير تراض ، (مثل الجدار) المشترك فإنه يقسم بتكرير التراضي ، لا **بالإجبار** (طولا) في كمال العرض (بقرعة قلت وما رفع البنا عنا) أي : ما عنى الحاوي بالطول ارتفاع البناء من الأرض ، (فذا) إنما هو (سمك) له ، (بل المد عنا) أي : بل امتداده من زاوية البيت مثلا إلى زاويته الأخرى ، وعرضه البعد المقاطع لطوله كما مر في الإجارة .(وكل وجه فلربه) يعني لمن يليه (فقط عرضا) بنصبه عطفا على طولا أي ويقسم بتكرير التراضي لا **بالإجبار** الجدار ، وطولا في كمال العرض بقرعة كما مر وعرضا في كمال الطول بلا قرعة ، بل يخص كل من الشريكين بالوجه الذي يليه وفي كيفية قسمته وجهان .أحدهما وإليه." (١)

"(قوله وبعدها) كأن يقولا رضينا بهذه القسمة أو بما جرى بر (قوله ويشترط ذلك إلخ) فالحاصل أنه حيث جرت القسمة بالتراضي قبل خروج القرعة وبعدها سواء كانت القسمة مما يدخله **الإجبار** كقسمة الإفراز أم لا كقسمة الرد بخلاف ما إذا كانت يدخلها **الإجبار** وجرت **بالإجبار** فلا يشترط فيها ذلك والله أعلم ..(قوله لاختصاص بعضه إلخ) أي ولا يعادله ذلك الجانب إلا برد شيء خارج عنه بر (قوله أما لو ارتفعا إلخ) هل يكفي هذا الاتفاق في الأخذ من غير لفظ تمليك ونحوه ؟ (قوله مثل الجدار) إذا كان طوله عشرين ذراعا وعرضه ذراعين فإن قسماه طولا في كمال العرض صار لكل واحد عشرة أذرع في عرض ذراعين وإن قسماه عرضا في كمال الطول صار لكل واحد عشرون ذراعا (قوله مثله في المنهج إلخ) لكن قال م ر في حاشية شرح الروض لو كان لهم غرض صحيح في لبس الجوهرة كإرادة استعمالها في دواء لم يمنعوا قطعا ا هـ .(قوله هل يكفي هذا ؟ إلخ) ظاهر كلامهم ذلك ، بل صرح م ر عن الوسيط في حاشية شرح الروض في مبحث نقض القسمة عند ثبوت الغلط بذلك فراجعه في عرض ذراع بر (قوله وعرضا في كمال الطول بلا قرعة) ظاهر صنيعه أن هذا يكون بتكرير الرضى مع عدم القرعة وهو يخالف ما سلف له من أن مثل هذا لا يعتبر التكرير فيه وأن محل اعتباره إذا كان بقرعة بر (قوله : بل يختص كل من الشريكين بالوجه الذي يليه) هذا واضح إذا كان ما يلي الوجهين لهما (قوله : وإنما يجبر في الصورتين) والظاهر أن كلا من." (٢)

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٣٥٠/٢٠

(٢) شرح البهجة الوردية، ٣٥٢/٢٠

"الصورتين قد يكون من قسمة الإفراز ، وقد يكون من قسمة التعديل ولم يدخلهما **الإجبار** لما ذكره الشارح فعلم أن **الإجبار** قد ينتفي مع كون القسمة إفرازا أو تعديلا فليتأمل سم." (١)

"(قوله وغيرها) من تعديل وإفراز ولا يلزم من كونها قسمت بتراض أنه لا يدخلها إجبار .ا هـ .سم على المنهج ؛ لأن معنى التراضي أن يتراضيا بالقسمة بدون رفع للقاضي وهو لا ينافي **الإجبار** على ما أخرجته القسمة ومعنى عدم التراضي أن يترافعا ليقسم القاضي بينهما .ا هـ .سم حجر." (٢)

"(ولا ينفعه) أي أحد الشريكين بعد القسمة (دعوى الغلط) أو الحيف بلا حجة ، سواء صدرت **بالإجبار** من القاضي أو نائبه ، كما في دعوى الجور عليهما أم التراضي من الشركاء ، (وهي بحجة بجبر) أي والقسمة **بالإجبار** (نقضت) بإقامة الحجة على الغلط أو الحيف ، كما لو قامت بجور القاضي ، وشملت الحجة الشاهدين والشاهد واليمين وإقرار الخصم ويمين الرد وعلم الحاكم ، فلو أقر القاسم بذلك فإن صدقه الشركاء نقضت ، وإلا فلا ، وعليه الغرم ورد الأجرة ، وخرج **بالإجبار** ما لو جرت القسمة بالتراضي ثم أقيمت الحجة بما ذكر ، فإنها لا تنقض إن قلنا : إنها بيع كما في دعوى الغبن بعد البيع ، وإلا نقضت إذ لا إفراز مع التفاوت ، ولو نكل بعض الشركاء فقط وحلف المدعي نقضت في حق الناكل خاصةs." (٣)

"(واستخدم) السيد (الاثنين) أي : أم الولد وولدها المذكور لملكه لهما ولمنافعهما كالقن وإنما امتنع بيعهما لتأكد حق العتق فيهما (والإيجار له) أي : وله إيجارهما (ووطء الأم) لا بنتها لحرمتها بوطء أمها (و) له (**الإجبار**) لهما على النكاح (والأرش من جان) عليهما كالقنة ومعلوم أنه قد يمتنع عليه ذلك ، أو بعضه لمعنى آخر كأن تكون المستولدة مكاتبة ، ولو بعد الإيلاد ، أو مسلمة والمولد كافرا .s.(قوله : أو مسلمة إلخ) أو مجوسية ، أو وثنية المولد مسلم .ا هـ .م ر في حاشية شرح الروض." (٤)

"ولو بادر فسلم) الصداق (فلتمكن) أي يلزمها ذلك إذا طلبه (فإن منعت بلا عذر استرد إن قلنا إنه يجبر)، أولا لأن **الإجبار** مشروط بالتمكين، فإن قلنا لا يجبر، فليس له أن يسترد لتبرعه بالمبادرة، وقيل له الاسترداد لعدم دخول الفرض. (ولو استمهلت لتنظف ونحوه) كاستحداد (أمهلت ما يراه قاض) كيوم أو

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٣٥٣/٢٠

(٢) شرح البهجة الوردية، ٣٥٤/٢٠

(٣) شرح البهجة الوردية، ٣٥٥/٢٠

(٤) شرح البهجة الوردية، ٢١/٢١

يومين (ولا يجاوز ثلاثة أيام) وهذا الإمهال واجب وقيل مستحب، (لا لينقطع حيض) لأن مدته قد تطول ويتأتى الاستمتاع كله معه بغير الوطء. (ولا تسلم صغيرة، ولا مريضة حتى يزول مانع وطء)، لتضررهما به، وإن قال الزوج لا أقربها حتى يزول المانع، لأنه قد لا يفي بذلك كما قاله في البسيط.(."[1]

"ولو تقابل وغرضاهما قدم جانب المستحق كما يؤخذ من صدر الكلام هنا ولو أحضر في السلم الحال المسلم فيه لغرض سوى البراءة أجبر المسلم على قبوله أو لغرض البراءة أجبر على القبول أو الإبراء. وحيث ثبت **الإجبار** فأصر على الامتناع أخذه الحاكم له (ولو وجد المسلم المسلم إليه بعد المحل) بكسر الحاء (في غير محل التسليم) بفتحها أي مكانه المتعين بالشرط أو العقد وطالبه بالمسلم فيه (لم يلزمه الأداء إن كان لنقله) من موضع التسليم (مؤنة ولا يطالبه بقيمته للحيلولة على الصحيح) لأن الاعتياض عنه ممتنع كما تقدم. والثاني يطالبه للحيلولة بينه وبين حقه وعلى الأول للمسلم الفسخ واسترداد رأس المال، كما لو انقطع المسلم فيه وإن لم يكن لنقله مؤنة لزمه أداؤه (وإذا [2] امتنع) المسلم (من قبوله هناك) أي في غير مكان التسليم وقد أحضر فيه (لم يجبر) على قبوله (إن كان لنقله) إلى مكان التسليم (مؤنة أو كان الموضع) المحضر فيه (مخوفا وإلا) أي وإن لم يكن لنقله مؤنة ولا كان الموضع مخوفا (فالأصح إجباره) على قبوله لتحصل براءة الذمة. والخلاف مبني على الخلاف السابق في التعجيل قبل الحلول لغرض البراءة.." [3]

"الشركة في الأصل(ولو استوت قيمة دارين أو حانوتين) لاثنين بالسوية (فطلب جعل كل) منهما (لواحد فلا إجبار) في ذلك تجاور ما ذكر أو تباعد لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المال والأبنية (أو) قيمة (عبيد أو ثياب من نوع أجبر)، [4]الممتنع لقلة اختلاف الأغراض فيها (أو نوعين) كعبدين تركي وهندي وثوبين إبريسم وكتان(فلا) إجبار في ذلك (الثالث) من الأنواع القسمة (بالرد بأن يكون في أحد الجانبين من الأرض (بئر أو شجر لا يمكن قسمته فيرد من يأخذه) بالقسمة بأن خرج له بالقرعة (قسط قيمته) فإن كانت ألفا وله النصف رد خمسمائة(ولا إجبار فيه وهو بيع) وقيل فيما يقابل المردود وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل (وكذا التعديل) بيع (على المذهب) وقيل فيها الخلاف في قسمة الأجزاء (وقسمة الأجزاء

---

(١) شرح المحلي على المنهاج، ٤٣٧/١

(٢) ص: ٣٢٠

(٣) شرح المحلي على المنهاج، ٤٦٨/١

(٤) ص: ٣١٨

إفراز في الأظهر) والثاني بيع ودخول الإجبار فيها للحاجة إليه ومعنى أن القسمة إفراز أنها تبين أن ما خرج لكل من الشريكين مثلا هو الذي ملكه، ووجه أنها بيع أنها لما انفرد بها كل من الشركين ببعض المشترك بينهما كأنه باع كل منهما ما كان له مما انفرد به صاحبه، بما كان لصاحبه مما انفرد هو به ولا يشترط فيها لفظ." (١)

"البيع (ويشترط في) قسمة (الرد الرضا بعد خروج القرعة) كما في الابتداء (ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه اشترط الرضا بعد القرعة في الأصح كقولهما رضينا بهذه القسمة أو بما أخرجته القرعة) اعترض قوله لا إجبار فيه بأن صوابه عكسه كما في المحرر القسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي إلى آخره، ويجاب بأن المراد ما انتفى فيه الإجبار مما هو محله وهو أصرح في المراد مما في المحرر وفي الروضة كأصلها قسمة الإجبار لا يعتبر فيها، التراضي لا عند إخراج القرعة ولا بعدها وإذا تراضيا بقاسم يقسم بينهما فهل يشترط الرضا بعد خروج القرعة أم يكفي الرضا الأول قولان أظهرهما الاشتراط (٢) (ولو ثبت بينة غلط أو حيف في قسمة إجبار نقض فإن لم تكن بينة وادعاء واحد) من الشريكين (فله تحليف شريكه) فإن نكل وحلف المدعي نقضت القسمة(."(٣)

"وهي التماس الخاطب من المخطوبة النكاح فقال (ولا يجوز أن يصرح بخطبة معتدة) عن وفاة أو طلاق بائن أو رجعي، والتصريح ما يقطع بالرغبة في النكاح كقوله للمعتدة أريد نكاحك (ويجوز) إن لم تكن المعتدة عن طلاق رجعي (أن يعرض لها) بالخطبة (و ينكحها بعد انقضاء عدتها) والتعريض ما لا يقطع بالرغبة في النكاح، بل يحتملها كقول الخاطب للمرأة رب راغب فيك، أما المرأة الخلية عن موانع النكاح، وعن خطبة سابقة، فيجوز خطبتها تعريضا وتصريحا (والنساء على ضربين ثيبات وأبكار) والثيب من زالت بكارتها بوطء حلال أو حرام والبكر عكسها (فالبكر يجوز للأب والجد) عند عدم الأب أصلا أو عدم أهليته (إجبارها) أي البكر (على النكاح) إن وجدت شروط الإجبار بكون الزوجة غير موطوءة بقبل، وأن تزوج بكفء بمهر مثلها من نقد البلد (والثيب يجوز) لوليها (تزويجها إلا بعد بلوغها وإذنها) نطقا لا سكوتا.(."(٤)

---

(١) شرح المحلي على المنهاج، ٢/٥٣

(٢) ص: ٣١٩

(٣) شرح المحلي على المنهاج، ٢/٥٤

(٤) فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، ص/١١٥

"بصاحب السدس، فإن خرج باسم الجزء الاول دفع إليه، ثم يخرج باسم أحد الجزئين، فلا يقع تفريق. وإن خرج له الثالث دفع إليه ويعين الاول والثاني لصاحب الثلث والثلاثة الآخرة لصاحب النصف. وإن خرج له الرابع، دفع إليه، وتعين الاخيران لصاحب الثلث، والثلاثة الاولى لصاحب النصف. ويمكن أن يبدأ بصاحب الثلث، فإن خرج له الاول أو الثاني، دفعا إليه، وإن خرج له الخامس أو السادس دفعا إليه، ثم يخرج باسم أحد الآخرين، وإن خرج الثالث، فله الثالث والثاني، ويتعين الاول لصاحب السدس، والثلاثة الاخيرة لصاحب النصف، وإن خرج الرابع، فله الرابع والخامس، وتعين السادس لصاحب السدس، والثلاثة الاول لصاحب النصف. فرع كيفية إدراج الرقاع وإخراجها على التفصيل المذكور لا يختص بقسمة المتشابهات، بل هي في قسمة التعديل إذا عدلت الاجزاء بالقيمة كذلك. فرع كما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق تجوز بالاقلام والعصي والحصى ونحوها. فرع إذا امتنع أحد الشركاء من نوع القسمة الذي نحن فيه، وهو قسمة المتشابهات، أجبر عليها، سواء كانت الانصباء متساوية، أم متفاوتة، وفي المتفاوتة وجه لابن أبي هريرة أنه لا إجبار، والصحيح الاول.فصل إذا قسم قاسم القاضي **بالإجبار**، ثم ادعى أحد الشريكين غلطا أو حيفا، نظر إن لم يبين ما يزعم به الحيف أو الغلط، لم يلتفت إليه، وإن بينه، لم يمكن تحليف القاسم، كما لا يحلف القاضي أنه لم يظلم، والشاهد أنه لم يكذب، لكن إن قامت بينة، سمعت ونقضت القسمة. قال الشيخ أبو حامد وغيره: وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا، ويمسحا، ويعرفا الحال، ويشهدا. وألحق أبو الفرج بقيام البينة ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع. ومسحنا ما أخذه،." (١)

"فرع اقتسما، ثم تقابلا، إن قلنا: القسمة بيع، صحت الاقالة، وعاد الشيوع، وإلا فهي لاغية. فرع قسمة الملك عن الوقف إن قلنا: بيع، لا يجوز، وإن قلنا: إفراز، جازت، قال الروياني: وهو الاختيار. قلت: هذا الذي اختاره الروياني هو المختار، وهذا إذا لم يكن فيها رد، أو كان رد من أصحاب الوقف، فإن كان من صاحب الملك، لم يجز، لانه يأخذ بإزائه جزءا من الوقف، ذكره صاحب المهذب وغيره. والله أعلم. وأما قسمة الوقف بين الموقوف عليهم، فلا يجوز على القولين، لان فيها تغيير شرط الواقف، وقيل: يجوز على قول الافراز ليرغبوا في العمارة ولا يتواكلوا، وهذا الوجه حكاه ابن كج عن ابن القطان وحده، وخصصه بقولنا: الملك في الموقوف للموقوف عليه، قال: فلو انقرض البطن الاول، وصار الوقت للبطن الثاني، انتقضت القسمة.فصل قسمة **الإجبار** لا يعتبر فيها التراضي عند إخراج القرعة ولا بعدها، وإذا تراضيا بقاسم

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ١٨٧/٨

يقسم بينهما، فهل يشترط الرضى بعد خروج القرعة أم يكفي الرضى الاول ؟ قولان، أظهرهما: الاشتراط، وإليه مال المعتبرون، وذكروا أنه المنصوص، وفي قسمة الرد يشترط الرضى بعد خروج القرعة كما في الابتداء وعن الاصطخري وجه أنه يلزم بخروج القرعة، والصحيح الاول. وإذا اشترطنا الرضى بعد خروجها، فصيغته أن يقولا: رضينا بهذه القسمة، أو بما أخرجت القرعة، أو بما جرى، ولا يشترط لفظ البيع، وإن قلنا: القسمة بيع، وقيل: إن قلنا بيع، اشترط لفظ البيع أو التمليك، وقيل: لا يكفي قولهما رضينا بهذا أو بما جرى، بل يشترط تلفظهما بالقسمة بأن يقولا: تقاسمنا أو رضينا بهذه القسمة ليؤدي معنى التمليك والتملك، والمذهب الاول، وحيث وجب الرضى، فلا بد منه في الابتداء، وإنما الخلاف في الرضى بعد خروج القرعة. فصل تقسم المنافع كما تقسم الاعيان، وطريق قسمتها المهايأة مياومة أو مشاهرة أو مسانهة، فإن كانت العين قابلة للقسمة، فلا إجبار على المهايأة." (١)

"هذا في العقار، وأما المنقول، فالمذهب أنه كالعقار أيضا ، وقيل: يقسم قطعا بلا بينة، لان العقار يتأبد ضرره، فيخص بالاحتياط، ولهذا تثبت فيه الشفعة ولو طلب بعضهم القسمة، وامتنع الآخرون، واتفقوا جميعا على الملك، فهل يقسم القاضي ؟ فيه هذا الخلاف. وإذا شرطنا البينة، قبل رجل وامرأتان، قال ابن كج : ولا يقبل شاهد ويمين، لان اليمين إنما تشرع حيث يكون خصم ترد عليه لو حصل نكول، وقال ابن أبي هريرة : تقبل.فصل في مسائل منثورةإذا كانت القسمة **بالإجبار** والقاسم على ولايته، فقوله: قسمت مقبول، كقول الحاكم: حكمت وهو في ولايته، وإن لم يكن كذلك، لم يقبل قوله وهل تسمع شهادته لاحد الشريكين ؟ وجهان الاصح المنع، والثاني – وهو قول الاصطخري – تسمع إن لم يطلب أجرة. وإذا تقاسما، ثم تنازعا في بيت أو قطعة من الارض، فقال كل واحد: هذا من نصيبي ولا بينة تحالفا، ونقضت القسمة، قال الشيخ أبو حامد : فإن اختص أحدهما باليد فيما تنازعا فيه،." (٢)

"""""""" صفحة رقم ٥٠٥ """""""قوله : (فلو لقي الغاصب) تفريع على كلام المتن لشموله رده في ، أي محل كان . وقال بعضهم : المناسب (ولو) وقوله : (بمفازة) ليس بقيد بل المدار على غير محل الغصب . قوله : (فإن استرده) أي طلب المالك رده . قوله : (برىء إن لم يكن لنقله مؤنة) أي ولم يضع المالك يده عليه ولم يدفع له الغاصب مؤنة النقل ق ل . وقوله : ولم يضع الخ قيد في المنفي ، كأنه قال : فإن كان لنقله مؤنة لم يبرأ إن لم يضع المالك يده عليه الخ . وقال أ ج : فإن كان لنقله مؤنة لم يبرأ

---

(١) روضة الطالبين– الكتب العلمية، ١٩٤/٨

(٢) روضة الطالبين– الكتب العلمية، ١٩٧/٨

والمراد بمؤنة النقل ارتفاع الأسعار بسبب النقل بأن كان سعره في البلدة التي ظفر به فيها أغلى من سعره في البلدة التي غصبه منها ، هكذا نبه عليه الزركشي ز ي ؛ لكن الذي يظهر في هذا المقام أن المراد هنا بالمؤنة المضافة إلى النقل الأجرة ، بل الصواب أن المراد ما يشملهما ؛ ولهذا أفتى الشهاب الرملي في رجل أودع آخر في درب الحجاز فولا ودقيقا فتصرف فيه بغير إذن مالكه بأنه يطالبه بقيمته في محل الإتلاف ولا يجبر على قبول المثل اه مرحومي . قوله : (ولو أخذه المالك وشرط الخ) هو مرتبط بقوله فإن استرده المالك ، فكأنه قال : فإن استرده من غير شرط أجرة على الغاصب ولا إجبار على التزامها كلف الغاصب حينئذ رده . قوله : (لم يجز) أي بطريق **الإجبار** أما بالرضا فلا مانع منه فليراجع ، ولعل عبارة الشارح (لم يجبر) فحرفها الناسخ . قوله : (لأنه ينقل ملك نفسه) أي لأن المالك يجب عليه نقل ملكه . قوله : (إن علم المالك به) أي بالرد . قوله : (إلى كل من أخذ منه) كما لو رده على المالك . قوله : (لا إلى الملتقط) ويبرأ الغاصب منه بالرد إلى الحاكم اه م د . قوله : (لأنه غير مأذون له) قد يؤخذ منه أنه لو تملكها بعد مدة التعريف الشرعية كفاه الرد عليه اه م د . قوله : (من جهة الملك) بل من الشارع . قوله : (أنه يبرأ) أي بالرد إليهما . قوله : (لكنهما ضامنان) الأولى أن يقول وإن كانا ضامنين .." (١)

"""""""""" صفحة رقم ٣٩ """""""""فإن قلت : لم لا نجبره ويلزم الآخر بالأجرة كما هو قياس مسائل ذكروها ؟ قلت : تلك ليست نظير مسئلتنا لأنها ترجع إلى حفظ النفس تارة كمرضعة تعينت والمال أخرى كوديع تعين ، وما هنا إنما هو إجبار لمحض عبادة وهي يغتفر فيها ما لا يغتفر فيهما أي المرضعة والوديعة . فإن قلت : عهد **الإجبار** بالأجرة للعبادة كتعليم الفاتحة بالأجرة . قلت : يفرق بأن ذاك أمر يدوم نفعه بفعل قليل لا يتكرر ، بخلافه هنا فإنه يلزم تكرار **الإجبار** بل دوامه ما بقيت الحياة وهذا أمر لا يطاق ، فلم يتجه إيجابه ؛ بل إن رفعا إلى الحاكم أعرض عنهما إلى أن يصطلحا على شيء يتفقان عليه اه شرح ابن حجر . قوله : (من قصاص) أي فيما إذا قتلهما شخص عمدا فيقتل في أحدهما وعليه دية للآخر ، فإن عفى على مال فديتان ، وكذا إذا كان خطأ أو شبه عمد ، ولو أصاب أحد الملتصقين نجاسة فليس للآخر أن يصلي قبل زوال النجاسة من على صاحبه . ويلغز بذلك فيقال : شخص أصابته نجاسة فحرم على غيره أن يصلي حتى تزول النجاسة من على بدن من هي عليه . قوله : (وغيرهما) كالنكاح ، فيجوز لكل منهما أن يتزوج سواء كانا ذكرين أو أنثيين أو مختلفين ، ويجب الستر والتحفظ ما أمكن ، وفي الجمعة

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٣/٥٠٥

فإنهما يعدان من الأربعين حيث كانا متوجهين إلى القبلة بأن كان كل منهما بجنب الآخر ، أما لو كانا مختلفين بأن كان ظهر أحدهما لظهر الآخر فلا يتأتى ذلك ويكون هذا عذرا في إسقاط الجمعة عن أحدهما اه .قوله : (فللأم من مال الولد السدس) أي لاحتمال أن الميت ابن الذي له ولدان ، وعليه فيكون الميت مات عن أم وأخوين فالسدس محقق والثلث مشكوك فيه لاحتمال نسبة الولد للثاني ، فإن استلحقه الثاني أخذ الثلث كاملا . قوله : (في الأصح أو الصحيح) هذا بالنظر للمدرك الذي للقول الضعيف ، فإنه إن كان مدركه قويا عبر في مقابله بالأصح ,وإن كان ضعيفا عبر فيه بالصحيح . قوله : (في العدد) بكسر العين المهملة . قوله : (وقد يفرض لها أيضا السدس) أي بالنظر للحقيقة ، وإن سميناه ثلث الباقي عملا بعدم الحاجب من الثلث إلى السدس." (١)

"""""""" صفحة رقم ١٢٧ """"""""من لبس القواويق القطيفة للشهود والولي هل هو مفسق يفسد العقد أم لا ؟ والجواب عنه أن الظاهر أن لا يحكم بمجرد ذلك بفساد العقد . أما بالنسبة للشهود فلأن الغالب أن العقد يحضر مجلسه جماعة كثيرة ولا يلزم أن يكون الجميع لابسين ذلك ، فإن اتفق أن فيهم اثنين سالمين من ذلك اعتد بشهادتهم وإن كان حضورهما اتفاقا ؛ وأما في الولي فإنه إن اتفق لبسه لذلك فقد يكون له عذر كجهله بالتحريم ، ومعرفة ذلك مما يخفى على كثير من الناس . ومثل ذلك يقال في الجلوس على الحرير اه ع ش على م ر . قوله : (مجبرا كان أم لا) وقيل : يكفي في المجبر أن يكون فاسقا بخلاف غير المجبر لوفور شفقة المجبر ، وقيل بالعكس . قوله : (فسق بشرب الخمر أم لا) وقيل إن فسق بشرب الخمر ضر لاختلال نظره ، بخلاف ما إذا فسق بغيره . قوله : (أعلن بفسقه أم لا) وقيل إن أعلن بفسقه ضر وإلا فلا . قوله : (لحديث الخ) يصح رجوعه لقول المتن والعدالة ، ولقول الشارح : فلا تنعقد بولي فاسق . قوله : (لو كان) أي الولي الفاسق . وقوله (ولي) جواب (لو) الأولى ، وفاعله ضمير الولي الخاص الفاسق . وقوله (لانتقلت) جواب (لو) الثانية ، وجملتها خبر (كان) . وقوله (وإلا) أي بأن كانت تنتقل لحاكم عادل فلا ، أي فلا يلي الولي الخاص الفاسق بل الولاية للحاكم العادل . قوله : (إذ الفسق الخ) كان الأولى أن يزيد قبله أو بعده ، إذ لا معنى للانتقال من فاسق إلى فاسق . قوله : (والأوجه إطلاق المتن) أي باعتبار مفهومه ، وهو أن الفاسق لا يزوج وإن كان بحيث لو سلب الولاية لانتقلت إلى حاكم فاسق ، أو المراد بإطلاقه اشتراط العدالة في الولي الخاص مطلقا ؛ بخلاف الحاكم فلا يشترط عدالته لأن الحاكم يزوج للضرورة والضرورة يغتفر فيها ما لا يغتفر في غيرها ، فقوله لأن

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٣٩/٤

الحاكم علة لمقدر . وحاصله إبداء فرق بين الحاكم وغيره من الولي بما ذكر ، فاندفع ما يقال أي فارق بين الحاكم وغيره . قوله : (وقضاؤه نافذ) الظاهر أن ذكره استطرادي . قوله : (أما الإمام الأعظم) محترز قوله : (غير الإمام الأعظم) لكن يكون مكررا لأن حكم الإمام الأعظم علم مما قبله ، إلا أن يقال ما تقدم مفروض فيما إذا كان هناك ولي فاسق هل ينتقل للحاكم أو لا ؟ وهنا مفروض في الأعم أو عدم الولي الخاص بالمرة ، ومثل الإمام الأعظم نائبه كما أفتى به م ر ، أو المراد الإمام الأعظم ولو بنائبه . ولا ينافيه قوله الآتي : (فيزوج بناته وبنات غيره بالولاية العامة) لأن نائبه ولايته عامة في عقود النكاح بالنسبة لناحيته ومال م ر إلى أن الإمام الأعظم يزوج بناته بالإجبار لأن الولاية العامة له في حقهن غير محضة." (١)

"""""""" صفحة رقم ١٢٨ """"""""بخلاف بنات غيره فلا يزوجهن بالإجبار ، وكذا لا يزوج بناته بغير الإجبار مع وجود ولي خاص كجد أو عم أو نحوة فيقدم الجد .قوله : (فعليه) أي على كونه يزوج بالولاية العامة . قوله : (إذا لم يكن الخ) فإن كان فلا يزوج . وهذا إذا كان فاسقا ، فإن كان عدلا فإنه يزوج بناته بالولاية الخاصة وبالإجبار إن كن مجبرات ، بخلاف ما إذا كان فاسقا وآل الأمر إليه في تزويج بناته فإنه لا يجبر على المعتمد كما في بنات غيره ؛ لأن الولاية العامة لا إجبار فيها . وعبارة شيخنا م د : قوله : (إذا لم يكن الخ) أي فمحل تزويجه لبناته إذا لم يكن لهن جد أو عم أو نحوه بصفة الولاية لأن تزويجه بالولاية العامة والولاية الخاصة مقدمة عليها ، ويؤخذ منه أن بناته لو كن أبكارا لم يكن له إجبار لأن الولاية العامة لا إجبار فيها ؛ لكن مال م ر في غير شرحه لتزويجه بالإجبار ونظر فيه سم . وعبارة ع ش على م ر ، نصها : ولو كن أبكارا هل يجبرهن لأنه أب جاز له التزويج أو لا ولا بد من الاستئذان لأن تزويجه بالولاية العامة لا الخاصة ؟ فيه نظر ، ومال م ر للأول اه سم على حج ؛ لكن مقتضى قوله إن لم يكن لهن ولي خاص الثاني ، وذلك لأنه اشترط في تزويجه فقد القريب العدل بأن لا يكون لها أخ أو نحوه فتمحض تزويجه بالولاية العامة وهي لا تقتضي الإجبار بل عدمه . قوله : (كبنات غيره) أي فإنه أعني الإمام لا يزوجهن إلا عند فقد الولي الخاص لهن .قوله : (تنبيه الخ) غرضه الاعتراض على المتن من حيث إن العدالة شرط في الشاهدين لا الولي ، بل شرطه عدم الفسق سواء كان عدلا أو واسطة بينهما ؛ وحينئذ فالمراد بالعدالة بالنسبة للولي ما يشمل الواسطة .قوله : (لا يلزم من أن الفاسق لا يزوج) أي المشار إليه بقوله ، فلا ينعقد بولي فاسق اشتراط أن لا يكون الولي عدلا كما هو صريح المتن حيث قال : والعدالة فعلم من هذا أن العدالة ليست شرطا في الولي ، وإنما الشرط عدم الفسق وهو يصدق بالواسطة ، فاشتراط

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٤/١٢٧

المصنف العدالة في الولي غير ظاهر لأنها ليست شرطا فيه اه شيخنا . وعبارة ق ل : قوله لا يلزم فيه أن هذا غير كلام المصنف لأنه شرط العدالة في الولي ، ولا يستقيم معه ؛ فلعلها عبارة غيره ، فذكره لها في غير محله .قوله : (لا عدل ولا فاسق) أي مع أنه يصح أن يكون وليا . قال م د : واعترضه ق ل ،." [١]

"""""""" صفحة رقم ١٤٢ """""""٣ ((فصل : في بيان الأولياء)) ٣قوله : (ترتيبا) تمييز ولا يضر عطف المعرفة عليه وهو عدمه ؛ لأنه يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع . وهو تمييز محول عن المضاف والتقدير في بيان أحكام ترتيب الأولياء وإجبارهم وعدمه ، فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه وهو الأولياء مقامه ، فانبهمت النسبة الإضافية فأتي بالمضاف وجعل تمييزا . وبيان الترتيب يؤخذ من التعبير بثم **والإجبار** من قوله : (فالبكر يجوز للأب الخ) . وعدم **الإجبار** من قوله : (والثيب الخ) وبيان الخطبة من قوله : (ولا يجوز أن يصرح بخطبة معتدة) . قوله : (وعدمه) أي **الإجبار** . قوله : (وأولى الولاة) أفعل التفضيل على بابه بالنظر لمطلق الولاية لا بالنظر لذلك العقد وبالنظر لذلك العقد بمعنى مستحق نحو فلان أحق بماله أي مستحق له دون غيره ، إذ لا حق للجد مثلا مع وجود الأب . وأسباب الولاية أربعة : الأبوة والعصوبة والإعتاق والسلطنة ، والولاة بضم الواو جمع وال كغاز وغزاة وقاض وقضاة ، ولم يدخل الأبوة في التعصيب لأن الأب قد يرث بالفرض فقط إذا كان معه ابن ومثله الجد بخلاف غيرهم فإنهم لا يرثون إلا بالتعصيب . قوله : (لأن سائر الأولياء الخ) عبارة م ر : لأنه أشفق الجميع . قوله : (كما قاله الرافعي) ذكره ليبرأ من عهدته لأنه غير مستقيم ق ل ؛ لأن العم لا يدلي بالأب وإنما يدلي بالجد لأنه هو الذي يجمع العم وابن أخيه في الانتساب إليه بخلاف الأب تأمل . وقال شيخنا ع ش : ولا يرد المعتق وعصبته لأن الكلام في الأولياء من النسب . قوله : (كل منهم) أي الأجداد . قوله : (لإدلائه بهما) أي الأب والأم ، وهو أولى من قول المحشي أي الأب والجد ؛ لكن إلى الأب بلا واسطة وإلى الجد بواسطة . قوله : (وإن سفل) ظاهره أن ابن ابن الأخ الشقيق مقدم على ابن الأخ للأب ، وليس مرادا . وكذا يقال فيما بعد ولهذا قال بعضهم كان الأولى حذفه هنا وفيما يأتي في ابن العم ؛ لأنه يقتضي أن النازل من ابن الأخ الشقيق وابن العم الشقيقيقدم على ابن الأخ للأب العالي وابن العم للأب العالي ، وليس كذلك .." [٢]

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ١٢٨/٤

(٢) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ١٤٢/٤

""""""""" صفحة رقم ١٥٨ """"""قوله : (فالبكر) أي ولو حكما بدليل الأمثلة الآتية . قوله : (ومخدرة) المخدرة هي التي ملازمة لبيتها . قوله : (أو زالت) أي أو خلقت ببكارة وزالت بلا وطء ، كأن زالت بأصبع أو نحوه . قوله : (للأب) أي وإن لم يل المال لطرو سفه بعد البلوغ على النص ؛ لأن العار عليه خلافا لمن زعم أن ولاية تزويجها تابعة لولاية مالها شرح م ر ، أي فتكون للقاضي . قوله : (أي تزويجها بغير إذنها) هو تفسير للمراد **بالإجبار** هنا وليس معناه الإكراه ق ل . قوله : (أحق بنفسها) أي في اختيارها للزوج أو في الإذن ، وليس المراد أنها أحق بنفسها في العقد كما يقوله المخالف وهم الحنفية . والإمام داود الظاهري يصححه بدونهما معا أي الشهود والولي ولا حد فيهما أيضا ، نعم إن حكم حاكم ببطلانه حد إن علم قبل وطئه ق ل على الجلال . قوله : (شديدة الحياة) أي فلا يحتاج إلى إذنها .قوله : (الأول أن لا يكون الخ) هذا شرط للصحة . قوله : (عداوة ظاهرة) أي بحيث لا تخفى على أهل محلتها . وخرج بالعداوة الكراهة لنحو بخل أو عمى أو تشوه خلقة فيكره التزويج فقط ، وهل مثله في ذلك وكيله أو لا بد من عدم العداوة الظاهرة والباطنة ويفرق بين الولي ووكيله ؟ اعتمد م ر وحج الثاني ، قال في شرح الروض : ولا حاجة لاشتراط عدم عداوة الزوج لأن سليقة الولي أي طبيعته تدعوه إلى أنه لا يزوجها من عدوها وفيه نظر اه ق ل . قوله : (الثاني أن يزوجها من كفء) هو شرط للصحة أيضا . ونظم بعضهم خصال الكفاءة في قوله :شرط الكفاءة خمسة قد حررتينبيك عنها بيت شعر مفردنسب ودين حرفة حريةفقد العيوب وفي اليسار ترددوالراجح أنه لا يشترط لأن المال غاد ورائح ولا يفتخر به أصحاب المروآت والبصائر ، قال العلامة مرعي الحنبلي :قالوا الكفاءة ستة فأجبتهمقد كان هذا في الزمان الأقدمأما بنو هذا الزمان فإنهملا يعرفون سوى يسار الدرهم." (١)

""""""""" صفحة رقم ١٦٢ """"""بخلاف ما إذا وطيء في الزائد المتميز فإنها تستمر على بكارتها ولا تصير بذلك الوطء ثيبا اه . وعبارة ق ل : ولو تعدد الفرج لم يزل **الإجبار** بالوطء في الزائد يقينا ولا في أحد المشتبهين للشك في زوال الولاية ويزول بالوطء في أحد الأصليين فلا بد من إذنها ؛ قاله شيخنا . ويتجه في تزويجها في الثالثة اعتبار مهر بكر نظرا للأصلي على الآخر ووجوب مهر بكر بالوطء فيه بل مع أرش بكارة إذا كان الوطء بشبهة ، ويتجه مثل ذلك في المشتبهين واعتبار إذنها احتياطا ؛ نعم لا حد هنا بوطئها للشبهة .قوله : (ولم تزل بكارتها) ويتقرر المهر بذلك الوطء كما سيأتي في الصداق . قوله : (كسائر الأبكار) فيزوجها أبوها بلا إذن . قوله : (كما أن قضية كلامهم) وهو التعليل بممارسة الرجال

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ١٥٨/٤

فالأولى أن يقول : كما أن قضيته كذلك إذا زالت الخ . وقوله : (كذلك) أي أنها كسائر الأبكار . قوله : (ولو خلقت بلا بكارة الخ) مستدرك لأنه علم من قوله لو وطئت الخ بالأولى . قوله : (عن الصيمري) بضم الميم وفتحها نسبة إلى صيمر قرية من قرى العجم .قوله : (في دعوى البكارة) أي قبل العقد أو بعده بدليل التقييد فيما بعد كما قرره شيخنا ، أي إذا ادعى الزوج أنها ثيب وأن أباها زوجها بغير إذنها فالعقد باطل وهي تقول أنا بكر فالعقد صحيح . قوله : (وكذا في دعوى الثيوبة) ظاهره أنها تصدق بلا يمين ، والمعتمد عند م ر أنه لا بد من اليمين فالتشبيه في أصل التصديق لا في كونه بلا يمين . وعبارة الرحماني : وتصدق في دعوى الثيوبة قبل العقد بيمين لاقتضاء دعواها إبطال حق الولي من تزويجها بغير إذن نطقا . قوله : (ولا تسأل عن الوطء) ولا يكشف عنها لأنها أعلم بحالها .قوله : (فإن ادعت الثيوبة بعد العقد) أي ادعت بعد العقد أنها كانت ثيبا قبله ق ل . قوله : (بل لو شهدت أربع نسوة عند العقد) أي بثيوبتها عند العقد الخ ؛ أي شهدت بأنها كانت ثيبا عند العقد ووقعت تلك الشهادة بعد العقد به . والحاصل أن قوله عند العقد متعلق بمحذوف ومتعلق شهدت محذوف والتقدير شهدت أربع نسوة بعد العقد أنها كانت ثيبا عند العقد فلا تقبل شهادتهن .." (١)

"""""" صفحة رقم ١٦٣ """"""حادثة وقع السؤال عنها : وهي أن بكرا وجدت حاملا وكشف عليها القوابل فرأينها بكرا هل يجوز لوليها أن يزوجها بالإجبار مع كونها حاملا أم لا ؟ فأجاب بأنه يجوز لوليها تزويجها بالإجبار وهي حامل لاحتمال أن شخصا حك ذكره على فرجها . فأمنى ودخل منيه في فرجها فحملت منه من غير زوال البكارة فهو غير محترم فيصح نكاحها في هذه الصورة مع وجود الحمل ، واحتمال كونها زنت وأن البكارة عادت والتحمت فيه إساءة ظن بها ، فعملنا بالظاهر من أنها بكر مجبرة وأن لوليها أن يزوجها بالإجبار أي ولا تحد أيضا اه ع ش على م ر .٣٠ ((فصل : في محرمات النكاح)) ٣أي اللاتي يحرم نكاحهن ولا يصح والمراد التحريم الذاتي لأنه المذكور هنا لا العارضي بسبب أو إحرام أو ردة .قوله : (ومثبتات) بكسر الباء ، أي في الأمور المثبتة للخيار لأحد الزوجين كالجنون والجذام ، وأما قول م د عن ق ل بفتح الباء أي النساء اللاتي يثبت لهن الخيار فيه فلا وجه له لأنه سيأتي أن الخيار يثبت لكل من الزوجين .قوله : (تحريم مؤبد) أي ذوات تحريم مؤبد ، وكذا يقدر في الثاني ليصح الإبدال ولأن الكلام في المحرمات لا في التحريم ، والأولى أن يقدر مضاف قبل النساء أي وتحريم النساء الخ . قوله : (اختلاف الجنس) هذا سبب للتحريم وليس تحريما ، ويمكن أن يقدر مضاف في قوله ومن الأول

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ١٦٢/٤

أي ومن سبب الأول تأمل . وهذا أعني قوله اختلاف الجنس ضعيف والمعتمد صحة مناكحة كل للآخر . وعبارة م د في حاشية التحرير : المعتمد حل نكاحنا لهم وعكسه وله وطء زوجته منهم ولو على غير صورة الآدمي ، ونقل عن شيخنا أنها لا تنقض وضوءه حينئذ اه ق ل . والذي في حاشيته إذا تحققت الذكورة أو الأنوثة نقض على المعتمد ولو على غير صورة الرجل أو المرأة حتى لو كانت على صورة الكلب نقض لمسها اه .قوله : (خلافا للقمولي) اعتمده م ر . وهل يجبرها على ملازمة المسكن أو لا وهل له." (١)

"""""""" صفحة رقم ٣٢٧ """"""""قوله : (لا يحنث بما ذكر) أي بالعقد الفاسد وإنما يحنث بالعقد الصحيح ، وهذا حيث أطلق لأن النكاح حقيقة في العقد الصحيح فلا ينصرف عند الإطلاق إلا له أما لو قصد به الوطء فلا يحنث إلا بالوطء لا بالعقد وإن صح لأنه صرفه بالنية عن حقيقة . قوله : (ممن يمكن جماعه) أي بأن يكون متشوفا للجماع بأن يكون مراهقا ، فلا يكفي غير المراهق وإن انتشر ذكره . فالمراد أنه يتصور منه ذوق اللذة بأن يشتهي طبعا بحيث ينقض لمسه فيما يظهر فتح الجواد ، وظاهره إن كانت الزوجة ممن لا يمكن وطؤها عادة وهو الراجح شوبري . وعبارة شرح م ر وع ش : وكونه ممن يمكن جماعه أي يتشوف إليه منه وقوله إليه أي الوطء ، وقوله (منه) أي من الصبي عادة أي من ذوي الطباع السليمة فلا يصح من غيره لانتفاء أهليته لذوق العسيلة . وقد يؤخذ منه ما ذكرته في شرح الإرشاد أن من اشتهى طبعا حلل كما ينقض الوضوء بمسه ومن لا فلا . قوله : (لا طفلا) المراد به غير المراهق لأن المراهق يحصل به التحليل كما قرره شيخنا . قوله : (لا يتأتى منه) أي لا يتشوف إليه منه ، وفارق الطفلة حيث يحصل التحليل بوطئها بأن القصد من المحلل التنفير أي التنفير عن استيفاء عدد الطلاق وهو حاصل بوطئها وليس حاصلا بتغييب حشفة الطفل . وصورة تحليل الطفلة أي غير المراهقة بأن استدخلت ماءه المحترم وطلقها ثلاثا ثم أراد أن يجدد عليها العقد بعد التحليل ، وهذا ليس بلازم بل ولو طلقها ثلاثا قبل الدخول واستدخال المني وأراد أن يعقد عليها ثانيا فلا تحل له إلا بعد محلل وإن كان لا عدة عليها اه . قوله : (وقد مر أنه) أي الإجبار ممتنع أي في العبد بخلاف الأمة مطلقا . والفرق أن السيد يملك في الأمة الرقبة ومنفعة بضعها فله أن ينقل المنفعة لغيره وهو في العبد لا يملك منفعة بضعه فليس له إجباره على ما يتعلق به ، وفي إخراج هذا بالشرط المذكور نظر والصواب إخراجه بقوله : ولا بد من صحة النكاح الخ ؛ وفي كلامه نظر من جهة أن الحكم الذي ذكره لم يمر وهو تابع في التعبير بذلك لغيره فكان الأولى

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ١٦٣/٤

أن يقول : وهو ممتنع . قوله : (ممتنع) أي لا يجبر السيد عبده على النكاح . قوله : (لينفسخ النكاح) أي صورة ولو قيل بصحته ، وهذا باطل عند الشافعي وعند الحنفية صحيح ؛ فإن قلدهم في ذلك صح وإلا فلا . قوله : (تنفيرا من الطلاق الثلاث) إيضاحه قول الإمام القفال ؛ وذلك لأن الله تعالى شرع النكاح للاستدامة وشرع الطلاق الذي يملك فيه الرجعة لأجل الرجعة فكان من لم يقبل هذه الرخصة وقطعه مستحقا." (١)

"""""""" صفحة رقم ٣٥١ """"""(كأرضين) الأقعد كأرض واسعة فيها جيد ورديء ويمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده هذا هو المراد ويكون استدراكا على قوله : لزم شريكه الآخر إجابته أي ما لم يمكن قسمة كل على حدة وإلا فلا إجبار . قوله : (ويجبر على قسمة التعديل) أشار به إلى أنها تجري في العقار والمنقول ، وقد اشتملت هذه المسألة : على قيود خمسة قوله منقولات وقوله : نوع وقوله : لم يختلف . وقوله : متقومة . وقوله : إن زالت الشركة . مثال ذلك ما قاله الشارح : وإنما كان ذلك من قسمة التعديل مع كون الجنس واحدا والقيمة مستوية ، نظرا لاختلاف الصورة فخرج بمنقولات العقارات . ففيها تفصيل إن كانت متفقة الأجزاء والقيمة فهي إفراز وإلا فتعديل . وخرج بنوع منقولات أنواع كعبيد تركي وهندي وحبشي فلا إجبار في ذلك وخرج بقوله : لم يختلف ما لو اختلف كضائنتين مصرية وشامية فلا إجبار في ذلك وخرج بمتقومة المثلية فإنها إفراز لا تعديل وإن كان فيها إجبار . قال ق ل على الجلال : ولا يمنع من الإجبار الاشتراك في نحو الممر ولا في نحو سطح بين سفل وعلو اه . قوله : (في منقولات نوع) المراد بالنوع الصنف بدليل ما ذكره في المحترز لأن الذي ذكره فيه صنف واحد لا نوع . قوله : (لم يختلف) فاعله ضمير يعود على النوع وقوله : متقومة بالجر صفة لمنقولات بخلاف منقولات نوع اختلف كضائنتين شامية ومصرية أو منقولات أنواع كعبيد تركي وهندي وزنجي وثياب إبريسم وكتان وقطن أو لم تزل الشركة كعبدين قيمة ثلثي أحدهما تعدل قيمة ثلثه مع الآخر . فلا إجبار فيها لشدة اختلاف الأغراض فيها ولعدم زوال الشركة بالكلية في الأخيرة اه . قوله : (متقومة) أي واختلفت الصفة وإلا فتكون قسمة إفراز . قوله : (إن زالت الشركة) بأن يأخذ كل واحد من الشركاء واحدا على انفراده . قوله : (متساوية القيمة) ومعنى كونها قسمة تعديل أن كلا من الثلاثة أعبد يعادل كلا من الآخرين أي يساوي قيمة كل واحد منهما .قوله : (وعلى قسمة التعديل أيضا) لو حذفه وقال : في نحو الخ لكان أخصر . قوله : (مما لا يختلف في كل منها) معناه أن الأغراض لا تختلف في قسمتها لأنها متلاصقة ومستوية القيمة

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٣٢٧/٤

، وعبارة شرح المنهج مما لا يحتمل كل منها القسمة أعيانا أي لا يقبل كل دكان أن يصير دكانين وهي أوضح من عبارة الشارح . قوله : (أعيانا) صفة لموصوف محذوف أي قسمة أعيانا بأن طلب الشركاء جعل حصصهم دكاكين صحاحا فخرج به ما لو كانت غير أعيان بأن طلبوا قسمة كل دكان نصفين قرره شيخنا العزيزي والظاهر : أنه حال من دكاكين وقال شيخنا ح ف :." (١)

"""""""" صفحة رقم ٣٥٢ """""""بأن أراد كل منهم الاستقلال بأعيان أي بأفراد منها وهو بمعناه اه . قال ح ل : وهل يعتبر أن تكون مختلفة الأبنية لأن متفقة الأبنية من قسمة المتشابهات . قوله : (إن زالت الشركة) لازم لقوله : أعيانا . قوله : (لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال) هذا ظاهر في الدكاكين المتباعدة دون المتلاصقة لعدم اختلاف المحال التي هي فيها إلا أن يقال : اختلاف الغرض فيها باختلاف أبنيتها . كما أشار إليه بقوله : والأبنية وقد يقال : هذا يأتي في الصغار . قوله : (النوع الثالث القسمة بالرد) تقدم أن الشارح لم يجعل كلام المتن شاملا لها وإنما جعله شاملا للأولين لأن المتن قال : لزم الآخر إجابته ومعناه أنه يجبر الآخر ، عليها إذا امتنع والثالث لا إجبار فيه فلذلك لم يكن داخلا فيه . قوله : (أجنبي) أي غير المقسوم . قوله : (قسط قيمة) أي حصته من القيمة . قوله : (فإن كان ألفا) صوابه فإن كانت أي قيمة نحو البئر ق ل . قوله : (لما لا شركة فيه) وهو المال المدفوع لشريكه اه م د . لكن ينافيه قوله : فكان كغير المشترك لأنه غير مشترك أصلا فالأولى حذف الكاف من قوله غير المشترك . قوله : (وشرط لقسمة ما قسم بتراض من قسمة رد وغيرها) أي مما لا إجبار فيه كقسمة عبيد أو ثياب مختلفي النوع كتركي وهندي وضائنتين مصرية وشامية استوت القيمة ، أو اختلفت لشدة تعلق الغرض بكل نوع وعبارة متن المنهاج : ويشترط في قسمة الرد الرضا باللفظ بعد خروج القرعة ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه اشترط الرضا بعد القرعة كقولهما رضينا بهذه القسمة لا بهذا أو بما أخرجته القرعة . قال م ر في شرحه : أما ما قسم إجبارا فلا يعتبر فيه الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها اه . قلت : وقد علم أن قسمة الإفراز والتعديل فيهما الإجبار اه .قوله : (في قسمة إجبار) وهي إفراز أو تعديل . قوله : (أو قسمة تراض) بأن نصبا لهما قاسما أو اقتسما بأنفسهما ورضيا بعد القسمة شرح المنهج . قوله : (وإن لم يثبت ذلك) أي الغلط أو الحيف . وهذا محترز قوله : ولو ثبت . قوله : (فله تحليف شريكه) أما تحليف." (٢)

"وفي الحوالة شيخنا

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٣٥١/٥

(٢) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٣٥٢/٥

قوله (لعدم تبادرهما فيه) أي في البيع لأن الحوالة ليست على قوانين المعاملات وإلا لبطلت لأنها بيع دين بدين

وقوله فيه أي منه أو العبارة مقلوبة والأصل لعدم تبادره فيهما

قوله (وخرج بما ذكر) أي قوله في كل بيع

قوله (وصلح حطيطة) وهو الصلح من الشيء على بعضه دينا كان أو عينا فهو في الأول إبراء وفي الثاني هبة بلا ثواب وهذا خرج بقوله معاوضة

قوله (ونكاح) هذا يخرج بقولنا محضة ح ل

قوله (وهبة بلا ثواب) المناسب أن يقدمها على النكاح

ويذكر المساقاة عند الإجارة كما لا يخفى

قوله (وشفعة) هذا يخرج بقولنا ليس فيها تملك قهري لأنها تملك بالقهر **والإجبار** فلا معنى لثبوت الخيار فيها

وقوله ومساقاة لأنها كالإجارة فهي واردة على المنفعة لا العين

وقوله وشركة وقراض خرج بقولنا لازمة من الجانبين لأن الشركة والقراض كل منهما جائز من الجانبين والرهن والكتابة من جانب واحد ولا معنى لثبوت الخيار فيما هو جائز ولو من جانب ح ل

وخالف الرافعي في الشفعة فصحح في بابها ثبوته للشفيع

وإذا قلنا به فهل معناه أنه يتخير في المجلس بعد الأخذ بين رد الملك وإمساكه أو أنه يتخير قبل الأخذ بين الأخذ وتركه وجهان أصحهما كما في المجموع الأول ا هـ شرح البهجة

قوله (وصداق) لأن المعاوضة فيه غير محضة مع كونه غير مقصود بالذات ا هـ شرح م ر

وهذا لا يغني عنه قوله سابقا ونكاح لأن النكاح والصداق عقدان مختلفان وإن حصلا في عقد واحد فعلى فرض ثبوت الخيار فيهما يكون الخيار بين إبقاء الزوجة وردها بفسخ النكاح وبين إبقاء المسمى ورده بفسخ التسمية والرجوع لمهر المثل وقد قيل به في الصداق دون النكاح كما يؤخذ من متن المنهاج فتأمل

قوله (وإجارة) أي بسائر أنواعها على المعتمد شرح م ر أي سواء كانت إجارة عين أو ذمة قدرت بمدة أو بمحل عمل

قوله (ولو في الذمة) غاية للرد على ما أشار له بقوله وخالف القفال الخ

وقوله لأنها أي المذكورات من قوله كإبراء الخ لا تسمى بيعا أي عرفا وهذا التعليل للصور المخرجات كلها وهو بالنسبة للإجارة يجري في سائر أنواعها ثم عللها بتعليل خاص بها بل ببعض أنواعها وهو المقدرة بمدة فالتعليل الأول للمذكورات الأثني عشر ولسائر أقسام الإجارة والتعليل الثاني خاص ببعض أقسام الإجارة ع ش

وقوله لئلا يتلف جزء من المعقود عليه يمكن التخلص منه بأحد أمرين إما بأن يعقد في غير وقت العمل بأن يقول ليلا استأجرتك لتخيط لي غدا أو بأن يعقد في أول وقت العمل ويشرع الأجير في العمل وهما في المجلس وثبوت الخيار لا ينافي شروعه في العمل فبمجرد العقد يطالبه المكتري بالشروع في العمل فإن عمل فذاك وإلا فسخ العقد فتأمل

قوله (لئلا يتلف بجزء من المعقود عليه) أي ولأنها لكونها على معدوم وهوالمنفعة عقد غرر والخيار غرر فلا يجتمعان شرح م ر

قوله (كالسلم) فرق بينهما بأنها لا تسمى بيعا بخلاف السلم وبأن المقعود عليه في السلم يتصور وجوده في الخارج غير فائت منه شيء بمضي الزمن بخلافها فكان أقوى وأدفع للغرر من إجارة الذمة ح ل

قوله (ووقع للنووي) لم يقل وخالف النووي كما قال وخالف القفال لأن النووي انفرد بهذا فكأنه نسب فيه إلى سبق قلم لأنهم إنما يعبرون غالبا بقولهم ووقع في العبارة التي ينسب فيها إلى سبق قلم برماوي ملخصا

قوله (في المقدرة بمدة) قال في مهمات المهمات

وحينئذ فيعلم منه الثبوت في غيرها بطريق الأولى شوبري

أي لأنها تفوت فيها المنفعة بمضي الزمن ومع ذلك فيها الخيار فثبوته في التي لا تفوت أولى وهذا كله على الضعيف

قوله (من اختار لزومه) أي صريحا كما في الأمثلة التي ذكرها الشارح أو ضمنا بأن يتبايعا العوضين بعد قبضهما في المجلس إذ ذاك متضمن للرضا بلزوم الأول فلا ترد هذه الصورة على مفهوم كلام المصنف شرح م ر

وقوله بأن يتبايعا العوضين قضيته أنه لا ينقطع بتبايع أحد العوضين كأن أخذ البائع المبيع من المشتري بغير الثمن الذي قبضه منه وقد مر أن

." (١)

"فاندفع ما يقال إن المشتري إذا عيب المبيع أخذه بجميع الثمن كما ذكره المصنف فكيف يستقر عليه أرش النقص

قوله (ولا يصح تصرف) هذا من جملة حكم المبيع ونحوه قبل القبض أو بعده بخلاف زوائده الحادثة بعد العقد فيصح بيعها لانتفاء ضمانها كما تقدم ويمتنع التصرف أيضا بعد القبض إذا كان الخيار للبائع أو لهما قاله شيخنا ا هـ ح ل

قوله (ولو مع بائع) الغاية للرد والمراد بقوله لم يقبض أي قبضا مصححا للتصرف سواء لم يقبض أصلا أو قبض قبضا ناقلا للضمان فقط كما سيأتي في قوله وشرط في قبض ما بيع مقدرا الخ

ففرق بين القبض هنا والقبض في قوله المبيع قبل قبضه من ضمان بائع إذ المدار في ذاك على مطلق الاستيلاء من المشتري ولو بدون تقدير فيما بيع مقدرا ا هـ

قوله (فيما لم يقبض) وإن أذن البائع وقبض الثمن ا هـ سم ع ش

قوله (وضمن بعقد) وهو الذي يضمن بالمقابل

قوله (معينات) وأما إذا كنت في الذمة ففيه تفصيل يأتي في الاستبدال وهو أنها إذا كانت ثمنا وصداقا صح أخذ غيرهما عنهما وإلا فلا أي وهذا يصدق عليه أنه تصرف قبل القبض في الثمن والصداق شيخنا أي فوصف المبيع بالمعين ليس قيدا لأنه لا يصح الاستبدال عنه مطلقا كما سيأتي

قوله (وإذا لم يكن بعين المقابل) بأن كان بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة

وقوله أو كان في الذمة عطف على تلف أي أو لم يتلف لكن كان في الذمة وإلا بأن كان بعين المقابل أو بمثله إن تلف أو بمثله إن كان في الذمة فهو في هذه الصور إقالة ح ل

قوله (أو كان في الذمة) صورة ذلك أن يشتري المشتري عبدا مثلا بدينار مثلا في ذمته ثم يبيعه للبائع قبل قبضه بدينار في ذمة البائع أو يكون المشتري أقبض البائع دينارا عما في ذمته ثم يبيعه العبد بدينار في ذمة البائع أو معين غير الذي دفعه له ولو مع وجود الذي دفعه له وعلى كلا الصورتين يقال إنه باعه بمثل المقابل والمقابل في الذمة شيخنا

قوله (منه) أي من كل من المشتري أو البائع مثلا

قوله (إذا رهن بالمقابل) أي عليه وقوله وكان له أي لكل

---

(١) حاشية البجيرمي، ٢/٢٣٤

قوله (وإلا) بأن كان بغير المقابل أو به ولم يكن له حق الحبس جاز على الأصح مما يصدق به كلامه صحة رهنه على غير المقابل مع كونه له حق الحبس وهذا والمعتمد عدم صحة الرهن مطلقا أي سواء كان بعين المقابل أو بغيره وسواء كان له حق الحبس أم لا ح ل لضعف الملك فليس مراد الشارح بالمنصوص ما نص عليه الشافعي بل هو بحث للأذرعي والسبكي وضابط كونه له حق الحبس أن يكون الثمن حالا ولم يقبضه كلا أو بعضا

قوله (ويصح تصرفه فيه) أي فيما لم يقبض بنحو إعتاق هذه صور ثمانية مستثناة مما قبلها ويصير قابضا في ثلاثة منها وهي الإعتاق والإيلاد والوقف ولا يصير قابضا في الباقي

قوله (كإيلاد) مثال لنحو العتق

وقوله وتزويج هو وما قبله مثال لنحو الوصية

وقوله وقف مثال لنحو الإعتاق كما قاله الشوبري

وعبارة ع ش قوله كإيلاد وتدبير هو من نحو الوصية لكونه تعليقا للعتق على الموت فأشبه الوصية لكونها تملك بالموت بشرط القبول

قوله (ووقف) أي سواء كان على معين أو لا ع ش

قوله (وقسمة) أي قسمة إفراز أو تعديل أي لأن الرضا غير معتبر فيهما وإذا لم يعتبر الرضا جاز أن لا يعتبر القبض كالشفعة س ل

وعبارة ح ل قوله وقسمة أي إفراز أو تعديل لا رد لأنها بيع ولا يدخلها **الإجبار** بخلاف التعديل يدخلها **الإجبار** فكأنها ليست بيعا

قوله (وإباحة طعام للفقراء) ليس بقيد وانظر هل الطعام قيد أم لا

قوله (اشتراه جزافا) أي ليتأتى دم القبض أما لو اشتراه مكيلا فلا بد لصحة إباحته من كيله وقبضه شرح الروض

قوله (ويكون به) أي بالإعتاق المشتري قابضا

وانظر هل يترتب على كونه قابضا أو غير قابض فائدة لأن الفرض أنه خرج عن ملكه شيخنا

قوله (وفي معناه) أي العتق البقية أي في الصحة لا في القبض بدليل قوله لكن الخ والجامع

". (١)

"والمبيع معين وكان العقد لازما ح ل

قوله (إن خاف فوته) أي ويأتي فيهما ما يأتي من إجبار الحاكم كلا ولا يقال إنه حينئذ متحد مع المقابل لأن ما هنا أعم والمقابل خاص بما إذا عين الثمن ولا ينافي إجبار الحاكم لهما قول الشارح لما في إجباره الخ لأن الإجبار الممتنع إجباره على تسليم صاحبه

قوله (لما في إجباره) أي إجبار كل وذلك فيما إذا لم يتمانعا وإلا فيجبران كما علمت ا هـ ح ل

قوله (فإن تنازعا في الابتداء) مقابله محذوف للعلم به تقديره وإن لم يتنازعا فالأمر ظاهر

قوله (أجبرا) أي بعد لزوم العقد

قوله (هذا) أي إجبارهما إن عين الثمن كالمبيع وباع كل عن نفسه وأما لو كان أحدهما وكيلا أو وليا أو ناظر وقف أو عامل قراض فلا يجبر على التسليم بل لا يجوز له حتى يقبض الثمن المذكور أي الحال ولو تبايع نائبان عن الغير لم يتأت إجبارهما ا هـ شرح م ر

قوله (إن عين الثمن) وكذا إن كانا في الذمة فيجري فيهما ما تقدم

قوله (بأن كان في الذمة) أي والمبيع معين وأما عكسه وهو أن يكون الثمن معينا والمبيع في الذمة وذلك في بيع الذمم الواقع بغير لفظ السلم إذ لا يشترط فيه قبض في المجلس ففي هذه الصورة يجبر المشتري إن حضر المبيع إلى آخر التفصيل الآتي كما قرره شيخنا

قوله (لرضاه) قضية العلة أنه لو كان الثمن معينا والمبيع في الذمة أجبر المشتري فراجعه برماوي وزي

قوله (بإجبار أو بدونه) ضعيف بالنسبة للفسخ والمعتمد خلافه بالنسبة للفسخ لأنه إذا سلم متبرعا لم يجز له الفسخ إذا وفي المبيع بالثمن فيتعين أن تصور المسألة بإجبار الحاكم وقد يقال هو بالنسبة للإجبار فقط لا لما بعده فلا تضعيف ا هـ شوبري

والذي بعده قوله فلبائع فسخ لأنه لا يفسخ إلا إذا سلم بإجبار

قوله (أجبر مشتر) فإن أصر المشتري على الامتناع لم يثبت للبائع حق الحبس شوبري

قوله (إن حضر الثمن) المراد حضور عينه إن كان معينا أو نوعه الذي يقضى منه إن كان في الذمة فإن ما في الذمة قبل قبضه لا يسمى ثمنا إلا مجازا خطيب شوبري

---

(١) حاشية البجيرمي، ٢/٢٧١

قوله (مجلس العقد) إنما اعتبر مجلس العقد دون مجلس الخصومة لأنه الأصل فلا نظر لغيره لأنه قد لا تقع له خصومة شرح م ر

قوله (فإن أعسر) أي بأن لم يكن عنده مال يفي بثمنه

وقوله أو أيسر أي بأن كان عنده مال يفي بالثمن غير المبيع ب ش

قوله (فلبائع فسخ) قال حج بعد الحجر عليه لا قبله والمعتمد عند شيخنا في شرحه أنه لا فرق ويرشد إليه إطلاق الشارح هنا وتقييده في مسألة الإعسار قبله شوبري

قوله (بشرط حجر الحاكم) أي على المشتري قبل فسخ البائع ومفهومه أن البائع لو فسخ قبل الحجر على المشتري لم ينفذ فسخه فليحرر ا ط ف

قال شيخنا وهذا الحجر ليس من الغريب بل هو الحجر المعروف إذ الفرض أنه معسر بخلاف الحجرين اللذين في المتن فهما من الغريب إذ الفرض فيهما أنه موسر

قوله (فإن لم يكن ماله بمسافة قصر) بأن كان دونها والحاصل أن للمشتري خمسة أحوال لأنه إما أن يحضر الثمن أو لا فإن لم يحضره فإما أن يكون معسرا أو موسرا والموسر إما أن يكون ماله دون مسافة القصر أو فيها وإذا كان فيها فإما أن يصبر إلى حضوره أو لا

قوله (حجر عليه) أي حجر عليه الحاكم وهذا يسمى بالحجر الغريب إذ يفارق حجر الفلس في أنه لا يرجع فيه بعين المبيع ولا يتوقف على سؤال غريم ولا على فك القاضي بل ينفك بمجرد التسليم على الأوجه ولا على نقص ماله عن الوفاء لعذر البائع هنا حيث سلم بإجبار الحاكم ومن ثم لو سلم متبرعا اعتبر النقص أي نقص ماله عن الثمن كما في الفلس وفي أنه ينفق على ممونه نفقة موسر ولا يتعدى للحادث ولا يباع فيه مسكن ولا خادم لإمكان الوفاء من غيره أي إذا كان في المال سعة ا هـ زي

قوله (بما يبطل) أي يفوت حق البائع

قوله (بأن كان ماله بمسافة قصر) أي من بلد البيع فيما يظهر فلو انتقل البائع منها إلى بلد آخر فالأوجه كما يقتضيه ظاهر تعليلهم بالتضرر بالتأخير اعتبار بلد البائع لا بلد البيع

قوله (لما مر) أي لئلا يتصرف فيها بما يبطل حق البائع

قوله (ومحل

." (١)

"اعتبرت في العقد لعله لأن الصفات لعدم كثرة التفاوت بينها عدت واحدة فلم يستوف إلا ما عقد عليه ع ش

قال م ر والحيلة في الاعتياض أن يفسخا السلم بأن يتقايلا فيه ثم يعتاض عن رأس المال ا هـ

قال الرشيدي قوله بأن يتقايلا الخ أي فلا أثر لمجرد التفاسخ إذ لا يصح من غير سبب خلافا لحج فيما مر وإن كان هنا قد ذكر هذا التفسير الذي ذكره الشارح ا هـ

وقوله ثم يعتاض عن رأس المال أي ولو كان أكثر من رأس المال بكثير ا هـ ع ش على م ر

قوله (كما مر) أي في باب المبيع قبل قبضه لكن تقدم أن محل ذلك إذا لم يضمنه شخص وإلا جاز الاعتياض عنه بغير جنسه أو نوعه لأنه الآن دين ضمان لا دين سلم لأن الثابت في ذمة الضامن نظير المسلم فيه لا عينه عزيزي

قوله (من مدر) أي حصى صغير

وقوله ونحوهما كالتبن

قوله (جاز) أي وجب إلا أن يكون لإخراج نحو التراب مؤنة فلا يلزمه قبوله شوبري وح ل

قوله (أو وزنا) أي فلا يجوز أي لا يجب القبول شوبري

قوله (لا يجوز قبضه وزنا وبالعكس) أي ولا بكيل أو وزن غير ما وقع العقد عليه ولا يزلزل المكيال ولا يوضع الكف على جوانبه بل يملؤه ويصب على رأسه بقدر ما يحمل ا هـ شرح م ر

وقوله ولا يزلزل المكيال أي وإن اعتيد ذلك في بعض الأنواع وكان المسلم فيه منه لأن ما يحويه المكيال مع الزلزلة لا ينضبط فلا التفات إلى اعتياده ا هـ

قال في شرح الروض فإن خالف لزمه الضمان لفساد القبض كما لو قبضه جزافا ولا ينفذ التصرف فيه كما مر في البيع وكذا لو اكتاله بغير الكيل الذي وقع عليه العقد كأن باع صاعا فاكتاله بالمد على ما رجحه ابن الرفعة من وجهين والمراد بالضمان ضمان اليد وهو المثل في المثلي وقيمة يوم التلف إن تلف كالمستام ا هـ سم وق ل

قوله (والرطب غير مشدخ) بضم الميم وفتح الشين المعجمة وتشديد الدال المهملة وآخره خاء معجمة بلح بسر يغمر في نحو خل ليصير رطبا ويقال له بمصر المعمول فإن اختلفا في أنه معمول صدق

---

(١) حاشية البجيرمي، ٢٨١/٢

المسلم إليه لأن الأصل عدم التشديخ بخلاف ما لو اختلفا في لحم أنه ميتة أو مذكى نعم إن قال المسلم إليه ذبحته بنفسي صدق هو والتصديق فيما ذكر باليمين ويجبر الحاكم المسلم على القبول ثم بعد ذلك انظر ماذا يفعل فيه هل يجوز له التصرف فيه بالبيع ونحوه عملا بحكم الحاكم وبالظاهر أو يعمل بظنه فلا يجوز له استعماله ولا التصرف فيه لأنه ميتة في ظنه فيه نظر والظاهر الثاني ع ش على م ر

تنبيه جعلوا هنا اختلاف النوع كاختلاف الجنس وفي الربا كإنفاقه ولعله للاحتياط فيهما أما ثم فواضح وأما هنا فلأن فيه غررا وهو يكثر مع اختلاف النوع دون الصفة ق ل وحج

قوله (ولو عجل مؤجلا) ومثل المسلم فيه في جميع التفاصيل الآتية كل دين مؤجل شرح م ر

وقال ح ل ولو عجل مؤجلا أي في مكان التسليم أولا

قوله (إلى علف) أي له وقع أو يحتاج إلى مكان حفظه أو كان يترقب به زيادة سعر ق ل

قوله (طريا) راجع لهما ولم يثن لأن فعيلا يستوي فيه المفرد وغيره وفيه أن فعيلا إنما يستوي فيه المثنى وغيره إذا كان بمعنى مفعول وهنا ليس كذلك لأنه بمعنى قام به الطراوة فالأحسن أن يقال طريا أي كل منهما أو أفرد لأن العطف بأو ا هـ شيخنا

قوله (أو وقت نهب) عطف على حيوان فيكون المعنى أو كونه أي المسلم فيه وقت نهب وهذا فاسد لأن فيه الأخبار باسم الزمان عن الذات وهو المسلم فيه

وأجيب بأن كلامه على تقدير مضافين أي كون وقت تعجيله وقت نهب وصرح الشارح بأولهما أخذا من الخبر وأل في الوقت عوض عن الضمير فاندفع ما يقال من أين أخذ الشارح لفظ الوقت ولم يتقدم ما يدل عليه وهلا قال أو كونه وقت نهب ويكون على تقدير مضافين كما قدرنا

قوله (لما مر) أي في قوله مع تضرره به

قوله (أجبر على قبوله) أي فقط على المعتمد وإلا فسيأتي مقابله بقوله وقد يقال الخ ولا يختص **الإجبار** بهذه المسألة بل يجبر الدائن على قبول كل دين حال أو الإبراء منه عند انتفاء غرضه وقد

". (١)

"أحضره من هو عليه أو وارثه لا أجنبي عن حي بخلافه عن ميت لا تركة له فيما يظهر لمصلحة براءة ذمته وسيأتي أن الدين يجب بالطلب أداؤه فورا شرح م ر

---

(١) حاشية البجيرمي، ٢/٣٤٦

قوله (أو مجرد براءة لذمته) وكذا يجبر لو لم يكن له غرض أصلا

قال شيخنا الرملي نقلا عن الشرحين والروضة لكن في وجوده نظر ا هـ ق ل

ثم رأيت في ع ش على م ر ما نصه قوله أولا لغرض في تصوير انتفاء الغرض للمسلم إليه نظر إذ أقل المراتب حصول البراءة بقبض المسلم له اللهم إلا أن يقال المراد أنه لم يقصد حصول البراءة وإن كانت حاصلة بقبول المسلم ولا يلزم من كون الشيء حاصلا كونه مقصودا ا هـ بحروفه

قوله (وعليه اقتصر الأصل) أي كونه له فيه غرض

قوله (أم لا) أي لا لغرض أصلا أي لم يلاحظ عند الأداء واحدا مما مر وبهذا يندفع ما يقال لا شك أن البراءة حاصلة بذلك ولا بد فلا يتصور عدم الغرض بالكلية لأنه لا يلزم من حصول البراءة ملاحظتها ح ل

قوله (أخذه الحاكم) ويظهر وجوبه عليه عند الطلب ويبرأ المدين وحيث أخذه الحاكم فهو أمانة عنده كأموال الغائبين ا هـ شرح م ر وق ل

قوله (ولو أحضر المسلم فيه الحال) أي أصالة ومثله المؤجل إذا حل ومثله كل دين حال ا هـ زي

وهذا مفهوم قول المتن ولو عجل

وقوله وقد يقال بالتخيير في المؤجل أي المذكور في قول الشارح فإن لم يكن له غرض أجبر على قبوله

وقوله والحال المحضر في غير مكان التسليم مفهوم قوله ولو أحضر المسلم فيه الحال في مكان التسليم

قوله (لغرض غير البراءة) كفك رهن وضمان

قوله (أجبر على القبول أو الإبراء) لك أن تقول هلا أجبر في الشق الأول أعني إذا كان الغرض غير البراءة على القبول أو الإبراء كما في الشق الثاني أعني إذا كان الغرض البراءة لأن الغرض في الشق الأول كفك الرهن تحصل به البراءة إلا أن يفرق بأنه لما لم يكن في الشق الأول البراءة مقصودة بالذات اقتصر على الأصل من مطالبته بالقبول بخلافه في الشق الثاني سم

وعبارة ق ل وإنما لم يجبر على أحدهما في الشق الأول لعدم تمحض غرض البراءة فيه

قوله (بالتخيير في المؤجل) أي ولم يكن للمسلم غرض صحيح في الامتناع لأن هذه بعينها هي مفهوم المتن الذي صرح به بقوله قبل فإن لم يكن له غرض صحيح أجبر على قبوله فجزم بالإجبار على القبول جريا على المعتمد وإنما ذكر ههنا لغرض الفرق الذي أشار إليه بقوله وعليه الخ شيخنا

قوله (في المؤجل) أي الذي عجل عن محل التسليم ولم يكن للمسلم غرض صحيح في الامتناع وكان غرض المؤدي هو البراءة

وقوله والحال أي وكان غرض المؤدي هو البراءة

وقوله المحضر صفة للحال شيخنا وح ل

قوله (في الثاني) أي الحال

وقوله عليه يفرق أي بين المؤجل مطلقا أي المحضر في مكان التسليم أولا والحال المحضر في غير مكان التسليم وبين الحال المحضر في مكان التسليم

وقوله في مسألتنا أي وهي قوله ولو أحضر المسلم إليه الحال في مكان التسليم فعلم من هذا التقرير لأن المسلم إذا لم يكن له غرض في المؤجل المعجل وكان المسلم إليه غرضه من تعجيله براءة ذمته يجبر المسلم على القبول فقط لا عليه وعلى الإبراء الذي هو التخيير ح ل

قوله (الإجبار فيهما) أي إن لم يكن للمسلم غرض صحيح في الامتناع فإن كان له غرض كأن كان لنقله مؤنة إلى محل التسليم ولم يتحملها المسلم إليه أو كان الموضع مخوفا لم يجبر كما يأتي

قوله (لوجود زمانه ومكانه) أي ولا نظر لتضرره لكون الزمن زمن نهب بخلافه قبل المحل ا ه شوبري

قوله (بطلب الإبراء) أي والقبول وفيه نظر لأن التضييق في ذينك أشد لأن فيهما الإجبار على القبول وفي مسألتنا التخيير بين القبول والإبراء تأمل

وأجيب بأن طلب الإبراء فيه تضييق حيث قيل له إما أن تقبل أو تبرىء

قوله (بخلاف ذينك) أي المؤجل والحال المحضر في غير مكان التسليم فإن المؤجل الذي عجل والمحضر في غير مكانه قد اختلف فيه الزمان والمكان والمحضر في مكانه قد اختلف فيه الزمان والحال المحضر في غير مكانه اختلف فيه المكان ح ل

وقول الروضة هو المعتمد

قوله (ولنقله مؤنة) ومثل المؤنة ارتفاع الأسعار فإذا وجد المسلم المسلم إليه في محل كان المسلم

". (١)

"

وعذر الشارح في عدم سلوك الترتيب أن قول المتن لكن له مطالبته الخ استدراك على مقتضى التنظير بالسلم في الشق الأول الذي هو قوله ولو ظفر به بعد المحل الخ فلذلك أخره الشارح ليتصل به الاستدراك

وقول المتن ومكانا لم يقر وأجلا مع تقدمه في السلم لأن الأجل لا يدخل القرض لأنه إن كان لغرض أي والمقترض مليء أفسده وإلا لغا ذكره ا هـ شيخنا

فقوله صفة أي لا جنسا ونوعا فإن أدى غير جنسه أو نوعه صح فيجوز أن يؤدي عنه غير جنسه وصفته

قوله (كمسلم فيه) انظر هل يشترط لمحل تسليمه ما تقدم في المسلم فيه من تعيينه إن كان محل العقد غير صالح أو لحمله مؤنة أولا ويفرق بينهما مال شيخنا زي إلى الأول فليحرر شوبري

قوله (كأن كان لنقله مؤنة ولم يتحملها المقترض) فإن تحملها أجبر المقرض على القبول وشمل تحملها ما لو دفعها مع المقرض وعليه فيفارق المسلم فيه بامتناع الاعتياض في السلم لاهنا ع ش

والمراد بقوله بأن كان لنقله مؤنة أي من محل الظفر إلى محل الإقراض أو كانت قيمته بمحل الظفر أكثر من قيمته بمحل الإقراض فأحد الأمرين أي مؤنة النقل وارتفاع السعر مانع من **الإجبار** على الأداء كما تقدم في المسلم فيه لأن من ينظر إلى المؤنة ينظر إلى القيمة بالطريق الأولى لأن المدار على حصول الضرر وهو موجود في الحالين وكلام الشافعي يشير إلى كل من العلتين فإذا أقرضه طعاما بمصر ثم لقيه بمكة لم يلزمه دفعه إليه لأنه بمكة أغلى كذا نص عليه الشافعي بهذه العلة وبأن في نقله إلى مصر ضررا فالظاهر أن كل واحدة منهما علة مستقلة ولا تلازم بين مؤنة النقل وارتفاع الأسعار فقد يوجد ارتفاع السعر وكونه أنقص ح ل أي من غير مؤنة للنقل

قوله (لكن له مطالبته) ولا يطالبه في هذه الحالة بالمثل شرح م ر

وشمل ما لو كان بمحل الظفر أقل قيمة كما إذا أقرضه طعاما بمكة ثم لقيه بمصر لكن الذي في شرح الأذرعي أنه ليس له في هذه الصورة مطالبته بالقيمة بل لا يلزمه إلا مثله رشيدي

---

(١) حاشية البجيرمي، ٣٤٧/٢

قوله (في غير محل الإقراض) هلا أسقط أل منه في الموضعين وكذا من قوله المطالبة واللام الأولى من قوله للمقرض لرعاية الاختصار وما فائدة إثبات المذكورات تأمل شوبري

قوله (وفسد بشرط الخ)

فائدة الشرط الواقع في القرض ثلاثة أقسام إن جر نفعا للمقرض يكون مفسدا وإن جر نفعا للمقترض يكون فاسدا غير مفسد للقرض كأن أقرضه عشرة صحيحة ليردها مكسرة

وإن كان للوثوق كشرط رهن وكفيل فهو صحيح زي

فالشرط الأول فاسد مفسد

والثاني فاسد غير مفسد ومعلوم أن محل الفساد إذا وقع الشرط في صلب العقد أما لو توافقا على ذلك ولم يقع شرط في العقد فلا فساد ع ش على م ر

قوله (جر نفعا للمقرض) أي وحده أو مع المقترض لكن لم يكن نفع المقترض أقوى بدليل ما سيأتي في قوله أو لهما والمقترض معسر كما في شرح م ر

قوله (كرد زيادة) أي كشرط رد زيادة

قوله (وكأجل) أي شرطه

قوله (بقيد زدته تبعا) انظر حكمة التبعية في هذا القيد دون غيره من بقية القيود شوبري

قوله (والمقترض مليء) أي بالمقرض أو بدله فيما يظهر شرح م ر

قال الرشيدي قوله والمقترض مليء بالمقرض أي في الوقت الذي عينه وإلا فلو أريد أنه مليء به عند العقد لم يتصور إعساره به حينئذ أي عند العقد

قوله (لقول فضالة) هو صحابي وقاله بحضرته صلى الله عليه وسلم وأقره عليه فهو حديث وفضالة بفتح الفاء والضاد كما في الشوبري

قوله (جر منفعة) أي شرط فيه جر منفعة للمقرض شرح م ر

فالمراد جرها بشرط أما جرها من غير شرط فلا يضر

قوله (أمثلة له أولى) وذلك لأن اقتصاره على الأمثلة يوهم أن الفساد مخصوص بها لا يتجاوزها إلى غيرها ع ش

قوله (فلو رد أزيد) ولو في الربوي كما في م ر

ولا يجوز رجوعه في الزائد لأنه هبة مقبوضة ولا يحتاج

". (١)

"أو غصبه ولو بدون ثمن مثله ا هـ

ولا يستحق الولي في مال محجوره نفقة ولا أجرة فإن كان فقيرا واشتغل بسببه عن الاكتساب أخذ أقل الأمرين من الأجرة والنفقة بالمعروف وللولي خلط ماله بمال الصبي ومواكلته للارتفاق حيث كان للصبي فيه حظ كأن تكون كلفته مع الاجتماع أقل منها مع الانفراد وله الضيافة والإطعام منه حيث فضل للمولى عليه قدر حقه وكذا خلطه أطعمة أيتام إن كانت المصلحة لكل منهم فيه ويسن للمسافرين خلط أزوادهم وإن تفاوت أكلهم بحيث كان فيهم أهلية التبرع شرح م ر ملخصا

ولو كان للصبي كسب لائق به أجبره الولي على الاكتساب ليرتفق به في ذلك م ر

ومحل الإجبار حيث احتيج إليه في النفقة كما يشعر به قوله ليرتفق به ويؤيده ما مر من أن ولي السفيه يجبره على الكسب حيث احتاج إليه وقضيته أنه لا يجبره إن كان غنيا ولا على ما زاد على قدر نفقته وفي حج أنهم صرحوا بأن ولي الصبي يجبره على الكسب ولو كان غنيا ع ش

قوله (وأن يكون معامل الولي مليئا ثقة) انظر وجه كون هذا من مصالح العرض إذا كان حالا ولم يذكره م ر

وعبارته ولو بيع ماله بعرض ونسيئة للمصلحة كأن يكون في الأول ربح وفي الثاني زيادة لائقة أو خاف عليه من نهب أو إغارة ا هـ

وأجيب بأنه إذا كان المعامل غير ثقة ربما يخرج العرض مستحقا للغير أو يكون فيه عيب خفي لم يظهر للولي

قوله (وأخذ شفعة) معطوف على عرض أي ولو يأخذ شفعة فالتقييد بقوله لمصلحة معتبر في كل من الأمور الثلاثة أي النسيئة والعرض والأخذ بالشفعة فقول الشارح فيترك الأخذ بالشفعة فكأنه قال فإن لم يكن فيه مصلحة تركه سواء كان في الترك مصلحة أولا وإنما نبه على خصوص الثالثة لغرض مناقشة الأصل بقوله وهذه لا يفيدها كلام الأصل أي لأنه قيد بقوله ويأخذ بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة ا هـ

(١) حاشية البجيرمي، ٢/٣٥٥

فقيد كلا من الترك والأخذ بالمصلحة فلا يفيد حكم ما لو انتفت عنهما وأما كلام شيخ الإسلام فيفيده لأنه قيد الأخذ بالمصلحة وسكت عن الترك فيفيد أنها متى انتفت في الأخذ تركه سواء انتفت في الترك أولا تأمل

قوله (فيترك الأخ عند عدم المصلحة فيه) ولمحجور كمل الأخذ بها إن ترك الولي الأخذ مع الغبطة لأن تركه حينئذ خارج عن ولايته زي

ولو كانت الشفعة للولي بأن باع شقصا للمحجور عليه وهو شريك فيه فليس له الأخذ بها إذ لا تؤمن مسامحته في البيع لرجوع المبيع إليه بالثمن الذي باع به أما إذا اشترى له شقصا هو شريك فيه فله الأخذ إذ لا تهمة وظاهر أن الكلام في غير الأب والجد أما هما فلهما الأخذ مطلقا شرح م ر

قوله (وهذه) أي قوله وإن عدمت في الترك لا يفيدها كلام الأصل

قوله (ويشهد) هذا شرط للصحة

وقوله ويرتهن كذلك أي حتما ح ل ا ه

والأولى تقديم قوله ويشهد الخ على قوله وأخذ شفعة

قوله (ويرتهن بالثمن) أي عليه فالشروط خمسة ويزاد عليها قصر الأجل

قوله (إن رآه مصلحة) المعتمد أنه يرتهن مطلقا لمخافة ضياع المال

قوله (وفرق غيره بينهما) أي حيث اشترطت المصلحة في الإقراض لا هنا

قوله (بما بينته في شرح الروض) وهو أن المطالبة ممكنة في القرض متى شاء بخلاف النسيئة أي فإنه يضيع ماله قبل الحلول لو لم يرتهن لأنه لا يطالبه قبله وهو فرق حسن ا ه شوبري

قوله (ما لو باع مال ولده من نفسه) أي لأنه أمين في حق ولده وهذا مسلم ولكن ينبغي تقييده بأن يكون مليئا وأن يشهد وجوبا خوف الموت فجأة سم

قوله (ويبني عقاره) قال شيخنا المعتمد الرجوع إلى عادة البلد

وفي شرح شيخنا ما يخالفه وأن المعتبر ما نصوا عليه وإن خالف العادة ح ل

وسواء في البناء ابتداؤه أي إن لم يكن شراؤه أحظ ودوامه ولو ترك عمارة عقاره إو إيجاره حتى خرب مع القدرة أثم وضمن في أوجه الوجهين ويفارق مسألة التلقيح بأن الترك فيهما يفوت المنفعة والترك فيها يفوت الأجودية شرح م ر

وقال ع ش عليه قضيته أنه لو لم يخرب لا تلزمه الأجرة التي فوتها بعدم الإيجار والظاهر أنه ليس

". (١)

"غير مسقف بخشب مثلا كالقبة ويتصور كونه بني مع بناء أحدهما في الربع مثلا فإن كلا من المالكين فيه ساكن فوق الآخر فالسقف الذي بين الأعلى والأسفل يحكم بأنه للأسفل لأنه أشد اتصالا ببنائه لأن الفرض أنه أزج أي عقد شيخنا

قوله (إلا أن تقوم بينة) كيف يحكم بها مع دخول نصف لبناته في جميع نصف لبنات الآخر إلا أن يقال لا يلزم من ذلك أن يكون ملكا لاحتمال أن يكون مالكه وكله في بنائه وأدخل لبناته في لبنات ملكه

قوله (ما ذكر) أي من السقف أو الجدار بأن كانت في صورة الجدار أسفل

قوله (وإن لم يمكن إحداثه) وصورته أن يكون هناك داران مملوكان لشخص واحد والجدار بينهما فباع إحداهما لزيد والأخرى لعمرو وتنازعا في الجدار الذي بينهما فهذه صورة عدم إمكان إحداثه شيخنا عزيزي

قوله (وأمكن إحداثه) أي تأخره عن بنائهما

قوله (أو كان له على الجدار خشب) لعله معطوف على اتصل ببناء أحدهما والمعنى أو انفصل على بناء أحدهما وكان له خشب عليه لكن فيه حينئذ أنها داخلة في عموم قوله بأن انفصل على بنائهما شوبري

وقد يقال إن وضع خشبه عليه مرجح له فله اليد لا لهما

ومن ثم نقل عن شرح الروض أن الضمير في له لكل منهما وقرر شيخنا ح ف أن قوله أو كان له على الجدار خشب عطف على قوله انفصل عن بنائهما مع تقدير أي انفصل عن بنائهما ولم يكن لأحدهما أمارة أو انفصل عن بنائهما وكان لأحدهما على الجدار خشب ولو لم يقيد بذلك لم يصح العطف بأو لأنه يكون ما قبله صادقا عليه ولو أخذه الشارح غاية بعد قوله عن بنائهما لكان أظهر مما صنعه

قوله (أي اليد) أشار بذكر اليد إلى أنه لا يحكم بملكه لهما بل يبقى بيدهما لعدم المرجح فلو أقام أحدهما بينة به سلم له وحكم له به كما يدل عليه قوله فإن أقام الخ ع ش على م ر

---

(١) حاشية البجيرمي، ٢/٤٤٣

قوله (لعدم المرجح) لأن وضع الخشب قد يكون بإعارة أو إجارة أو بيع أو قضاء قاض يرى الإجبار على الوضع فلا يترك المحقق بالمحتمل شرح م ر وهذا لا يحتاج إليه إلا إذا قلنا الضمير في قوله أو كان له راجعا للأحد فإن رجع لكل فلا يحتاج إليه

قوله (فإن أقام أحدهما بينة) هذا تفريع على ما قبل إلا وما بعدها كما أشار إليه بقوله فيما مر كما سيأتي وقوله أو حلف تفريع على ما بعد إلا شيخنا لأن الذي يحلف فيما قبلها هو الذي علم بناء الجدار مع بنائه ويصح تفريعه على ما قبلها ويكون المراد بالأحد حينئذ خصوص صاحب اليد لأنه هو الذي يقضي له بالحلف كما تقدم في كلام الشارح ويصح أن يكون الحلف من غير صاحب اليد إذا نكل هو هذا وقول المتن أو حلف مع قول الشارح ونكل الآخر يحتمل أن المعنى ونكل الآخر بعد حلف خصمه وحينئذ يحتاج خصمه إلى يمين أخرى وهي المردودة ويحتمل أن المعنى وقد نكل الآخر وهو من بدأ القاضي بتحليفه فعلى هذا هل يكفي الثاني يمين أو لا بد من يمينين كما قال الشارح فلما كانت هذه العبارة مجملة احتاج إلى توضيحها بقوله وتتضح الخ

قوله (أو حلف) أي حلف كل على نفي استحقاق صاحبه للنصف الذي في يده وأنه يستحق النصف الذي بيد صاحبه لأن كل واحد منهما مدعى عليه ويده على النصف فالقول قوله فيه كالعين الكاملة ولا بد أن تتضمن يمينه النفي والإثبات كما فسرنا به كلام المصنف شرح م ر و س ل لكن ظاهر كلام الشارح أن يحلف على النصف الذي بيد صاحبه فقط وسيأتي في آخر الشرح ما يوافق م ر

قوله (قضى له به) وتكون العرصة تبعا له ا هـ م ر

قوله (أو نكل عن اليمين) أي كل معطوف على قوله حلف

قوله (ويبقى الخشب الموجود الخ) ولمالك الجدار قلعه بالأرش أو إبقاؤه بالأجرة

قال شيخنا والأوجه أنه لا قلع ولا أجرة أخذا من إطلاقهم إبقاءه بحاله ح ل

قوله (لاحتمال أنه وضع بحق) كإعارة أو إجارة أو بيع أو قضاء قاض يراه والمنزل عليه منها الإعارة لأنها أضعف الأسباب فللمالك قلع الجذوع بالأرض والإبقاء بالأجرة بعد الرجوع ولا أجرة له لما مضى هذا وقد قالوا لو وجدنا جذوعا على جدار ولم يعلم كيف وضعت فالظاهر أنها وضعت بحق

". (١)

---

(١) حاشية البجيرمي، ٣/١٨

"تشوه خلقة فلا تؤثر لكن يكره تزويجها له شرح م ر

قوله (أحق بنفسها) أي في اختيار الزوج أو في الإذن وليس المراد أنها أحق بنفسها في العقد كما يقول المخالف كالحنفية شيخنا عزيزي لكن قوله من وليها مع قوله والبكر يزوجها أبوها يشهد للحنفية القائلين بأنها تزوج نفسها

قوله (إذن للأب وغيره) وإن لم تعلم الزوج م ر

قوله (وضرب خد) الواو بمعنى أو

قوله (وإذنها سكوتها) إذنها خبر مقدم وسكوتها مبتدأ مؤخر أي سكوتها إذنها أي كإذنها فحذفت الكاف مبالغة في التشبيه وقدم المشبه به لذلك هكذا يتعين وإلا فالسكوت ليس إذنا حتى يجعل خبرا عنه وإنما هو كالإذن شيخنا

قوله (وهذا بالنسبة للتزويج) أي ولو بغير كفء شرح م ر

وقيل لا بد من إذنها نطقا بالنسبة لغير الكفء وكذا بالنسبة له لكونه عدوا أو غير موسر بحال الصداق

قوله (لا لقدر المهر) أي وهو دون مهر المثل فلا يكفي السكوت ح ل

قوله (من زالت بكارتها) وإن عادت

وقوله بوطء ولو من نحو قرد في قبلها الأصلي وإن تعددت فلو اشتبه بغيره فلا بد من زوال البكارة منهما ح ل

وعبارة ز ي

قوله في قبلها ولو كان لها فرجان أصليان فوطئت في أحدهما وزالت بكارتها صارت ثيبا بخلاف ما لو كان أحدهما أصليا والآخر زائدا واشتبه الأصلي بالزائد فلا تصير ثيبا بزوال بكارة أحدهما لاحتمال أن يكون الوطء في الزائد

قوله (وسيد) فلو زوج أمته وباعها وشك هل وقع التزويج قبل زوال ملكه حكم بصحة النكاح لأن الظاهر وقوعه في ملكه ح ل

قوله (من ذي ولاء الخ) بيان للغير

قوله (إلا بإذنهما) أي صريحا في الثيب ويكفي السكوت من البكر لغير المجبر على الأرجح كما صرح به م ر في الشرح لأنه كالإذن حكما

قوله (ولو بلفظ الوكالة) أي للأب أو غيره أو بقولها أذنت له في أن يعقد لي وإن لم تذكر نكاحا ويؤيده قولهم يكفي قولها رضيت بمن يرضاه أبي وأمي أو بما يفعله أبي وأمي وهم في ذكر النكاح شرح م ر

ولو عزل نفسه حينئذ لم ينعزل ولو رجعت عن الإذن قبل كمال العقد كان كرجوع الموكل لمن لا يقبل قولها في ذلك إلا ببينة ولو ادعى الولي أنه كان زوجها حال بكارتها صدق ح ل

قوله (فهي في ذلك) انظر مرجع اسم الإشارة فإن ظاهره رجوعه للنكاح ومثله الوصية للأبكار وأما بالنسبة لوطء الشبهة بعد ذلك فيجب لها مهر ثيب ولعله التقييد باسم الإشارة وكذا لو شرط بكارتها فيثبت الخيار شوبري وقوله مثله الوصية للأبكار اعتمد السيوطي عدم دخولها في الوصية للأبكار لأن المراد عنده في الثيوبة على زوال العذرة

وعبارة البرماوي قوله كالبكر أي من حيث وجوب الإجبار وإلا فالواجب بوطئها مهر ثيب والغوراء كالبكر مطلقا

قوله (لم تمارس الرجال) هذا جرى على الغالب وإلا فنحو القرد كالآدمي في جعلها ثيبا بزوال البكارة شوبري

قوله (وحيائها) تفسير ا هـ ع ش والظاهر أنه عطف مغاير

قوله (وبما تقرر) أي في قوله ولا يزوج ولي الخ

قوله (صغيرة عاقلة) أي حرة وأما المجنونة فتزوج كما سيأتي والقنة يزوجها سيدها ومثل العاقلة السكرانة كما مر ا هـ برماوي

قوله (وأحق الأولياء بالتزويج) قال البرماوي أفعل التفضيل على بابه بالنظر لمطلق الولاية لا بالنظر لذلك لعقد وأما بالنظر لذلك العقد فهو بمعنى مستحق ا هـ

وأسباب الولاية أربعة الأبوة والعصوبة والولاء والسلطنة وقد ذكرها المصنف على هذا الترتيب ح ل

قوله (لكل منهم) أي الآباء المدلول عليهم بقوله فأبوة لأنه مفرد مضاف فيعم الآباء

قوله (المجمع على إرثهم) بالرفع ليس في خط المصنف وإنما هو مزيد على الهامش

---

(١) ".

---

(١) حاشية البجيرمي، ٣/٣٤٠

"ما ينضم للفريقين غالبا ا هـ بالحرف

قوله (مهرا سرا) أي بعقد أو باتفاق أخذا مما بعده

قوله (ما عقد به) أي أولا م ر إذ هو الحقيقي والثاني صوري

وقوله اعتبارا بالعقد أي فلا نظر لما بعده

فصل في التفويض مع ما يذكر معه من مهر المثل وما يوجبه ح ل

ومناسبة ذكر هذا الفصل في كتاب الصداق أن الصداق تارة يجب بالعقد كما تقدم وتارة يجب بالوطء سواء استند للعقد كالواقع في التفويض أم لا كوطء الشبهة

قوله (رد الأمر) أي القول أو الفعل

قوله (رد أمر المهر) لعل المراد بأمره قلته وكثرته وجنسيته

وقوله أو البضع المراد بأمره العقد عليه بالنظر للولي والمهر بالنظر للزوج شيخنا

قوله (إلى الولي) أي في مسألة الحرة

وقوله أو الزوج أي في مسألة السيد إذ زوج أمته ز ي

أو أن المراد على المعنيين في مفوضة فالأول على كسر الواو والثاني على فتحها س ل

قوله (أو غيره) كالوكيل

وعبارة ح ل قوله أو البضع إلى الولي وذلك من المرأة

وقوله أو الزوج وذلك من سيد الأمة ا هـ

أي لأنها لما قالت لوليها زوجني بلا مهر فقد ردت أمر البضع إليه شيخنا عزيزي

قوله (وتفويض بضع) أي من المرأة أو من سيد الأمة بأن قالت للولي زوجني بلا مهر أو قال سيد الأمة زوجتك بلا مهر ح ل

فالمراد بتفويض البضع إخلاء النكاح عن المهر كما قاله م ر أي على الوجه الآتي أما لو قال الولي زوجتكها بلا مهر ولم يسبق إذن منها لم يكن تفويضا على الوجه المراد هنا بل يجب فيه مهر المثل بنفس العقد ع ش عليه

قوله (وهو المراد هنا) وأما تفويض المهر فقد علم مما مر من أنها إن عينت مهرا اتبع وإن لم تعين زوجها بمهر المثل ع ش على م ر

وفي كون هذا تفويضا نظر لأنها عينت في الأول قدرا وفي الثاني أطلقت والإطلاق يحمل على مهر المثل

قوله (لتفويض أمرها) أي أمر بضعها وهو العقد عليه

قوله (فوض أمرها) أي أمر مهرها جعل له دخلا في إيجابه بفرضه وكان عليه أن يزيد أو إلى الحاكم ح ل

لأن الولي فوض أمر مهره للحاكم أيضا لأنه يفرضه عند التنازع كما يأتي

وأجاب م ر بأن الحاكم لما كان كنائب الزوج لم يحتج لذكره

قوله (والفتح أفصح) لعل المراد أنه أكثر استعمالا وإلا فمعنى الكسر مخالف لمعنى الفتح ح ل

قوله (رشيدة) أي غير محجور عليها التدخل السفيهة التي لم يحجر عليها إذ هي رشيدة حكما س ل

قوله (بقولها) الباء للتصوير ووجه كون هذا تفويض بضع أنها لما قالت لوليها زوجني بلا مهر فقد ردت أمر البضع إليه

وقوله بلا مهر وإن زادت لا في الحال ولا بعد الوطء كما في الزيادي وغيره

وقوله فزوج لا بمهر مثل من تمام التصوير كما يدل عليه ذكر مفهومه بعد

قال م ر فإن زوجها بمهر المثل من نقد البلد صح ما سماه

وقوله فزوج لا بمهر مثل أي من نقد البلد بدليل ما بعده

قوله (أو زوج بدون مهر المثل الخ) لأن تسميته ملغاة من أصلها لأنها لم توافق الإذن ولا الشرع فلا يقال هذه تسمية فاسدة فيجب مهر المثل بالعقد على أن التسمية الفاسدة إنما توجب مهر المثل إذا لم يؤذن في ترك المهر فكان هذا مستثنى من التمسية الفاسدة أي محل كون التسمية الفاسدة توجب مهر المثل بالعقد لم يكن هناك تفويض من المرأة ح ل

قوله (أو بغير نقد البلد) معطوف على قوله لا بمهر مثل أي وإن زاد على مهر المثل فتقد البلد ليس من مسمى مهر المثل حتى يخالف ما سيأتي في قوله فرض قاض مهر مثل حالا من نقد البلد المصرح ذلك بأن نقد البلد ليس من مسمى مهر المثل وكذا تقدم في شروط الإجبار إلا أن يقال مهر المثل له إطلاقان فتارة يراد به القدر فقط وتارة يراد به ما يشمله وكونه من نقد البلد ومراده هنا الأعم من ذلك وحينئذ يصح أن يكون معطوفا على دون ح ل

والصواب أن المراد بمهر المثل القدر فقط

وأن قوله أو بغير نقد البلد معطوف على قوله بدون مهر مثل لدخوله في قول المصنف لا بمهر مثل أي من نقد البلد كما تقدم تقريره

قوله (أو بغير نقد البلد) أي أو بمؤجل

قوله (غير المكاتبة) أي كتابة صحية برماوي أما المكاتبة فهي مع سيدها كالحرة مع وليها فيصح تفويضها

". (١)

"النفي ذكرها المتن بقوله أو عكسه حلف الخ

وصورة حلفها على البت ذكرها المتن بقوله وإلا حلفت

وعلى النفي ذكرها الشارح بقوله وله تحليفها قبل وطء وكذا بعده فلا وجه لتوقف ح ل في تصوير حلف الرجل على البت بقوله وانظر ما صورة حلف الرجل فإنه إذا ادعى الرضاع انفسخ النكاح مؤاخذة له بإقراره ولا يحلف فإن كان يدعي حسبة على غائب أن بينه وبين زوجته فلانة رضاعا محرما فالشاهد حسبه لا يمين عليه وربما يصور ذلك بما لو أقر الرجل بالرضاع وأنكرت وكان قد دخل بها فيختلفان في قدر مهر المثل فيحلف على البت ا هـ

وعبارة م ر وحلف مدعيه على بت وقول الشارح رجلا كان أو امرأة مصور في الرجل بما لو ادعى على غائب رضاعا محرما بينه وبين زوجته فلانة وأقام بينة وحلف معها يمين الاستظهار فتكون عل البت

وقوله ولو نكل المنكر أو المدعي الخ مصور بما لو ادعت مزوجة **بالإجبار** لم يسبق منها مناف رضاعا محرما فهي مدعية ويقبل قولها فلو نكلت وردت اليمين على الزوج حلف على البت ولم يعارضه قولهم بحلف منكره على نفي العلم إذ محله في اليمين الأصلية ا هـ

وقول م ر وحلف معها يمين الاستظهار فيه نظر لأن المدعي حسبة لا يمين عليه

وقوله أيضا مصور في الرجل الخ إنما صوره بما ذكر لأنه متى ادعى الزوج الرضاع انفسخ النكاح وحينئذ لا يحتاج ليمين

---

(١) حاشية البجيرمي، ٤١٣/٣

قوله (من أن الرضاع يثبت برجلين) أي وإن تعمدا النظر لثديها لغير الشهادة وإن تكرر منهما لأنه صغيرة لا يضر إدمانها حيث غلبت طاعاته على معاصيه ا ه شرح م ر

ولا يشترط لقبول شهادتهما فقد النساء كما لا يشترط لقبول الرجل والمرأتين فيما يقبلون فيه فقد الثاني من الرجلين ع ش عليه

قوله (وتقبل شهادة مرضعة) أي مع ثلاثة غيرها أو رجل وامرأة

قوله (لم تطلب أجرة) أي لم تصرح بطلب أجرة حال الشهادة ح ل

فلا يضر الطلب بعدها ولا قبلها ق ل على الجلال والبرماوي

وقد يقال إذا طلبتها قبلها ولم تأخذها لإنكارهم إرضاعها فهي متهمة بإثباتها بشهادتها فمن ثم قال ع ش على م ر وقوله ولم تطلب أجرة أي لم يسبق منها طلب أصلا أو سبق طلبها وأخذتها لو ولو تبرعا من المعطي ا ه

فيعلم منه أنها إن لم تأخذها لا تقبل شهادتها

قوله (بخلاف نظيره في الولادة) أي فيما لو ادعت أنها ولدته وشهدت بذلك مع ثلاثة غيرها ع ش أي فلا تقبل شهادتها

قوله (إذ يتعلق بها النفقة) أي وجوب نفقتها على المولود والميراث منه وسقوط القود عنها بقتله فهي متهمة ع ش

قوله (وإيجار) أي وقد علم أنه حلب من ثديها ح ل

قوله (وازدراد) أي وصوله للمعدة

قوله (أو قرائن) معطوف على نظر

قوله (بعد علمه) انظر بماذا يتعلق هذا الظرف وظاهره أنه لا بد أن يعلم ذلك حال الامتصاص والظاهر الاكتفاء بعلمه بأنها ذات لبن وقت الامتصاص ولو بعد الامتصاص وقبل الشهادة حرر ح ل

والظاهر أنه راجع لقوله كامتصاص وما بعده بدليل آخر عبارة ح ل وعبارة م ر

والأوفق بكلام الشارح في قوله أما قبل علمه الخ أن يكون ظرفا لمحذوف أي ويشهد بعد علمه الخ وهو الظاهر شيخنا

قوله (إلا عن تحقيق) أي وإن كان عاميا ح ل

كتاب النفقات وما يذكر معها

." (١)

"أي من حيث هو مقتض والقاعدة أنه يغلب المانع على المقتضى خلاف قول الأنوار المتقدم فليحرر

فعلى قول الأنوار يخص قول المتن لا لصغيرة بما إذا كان الزوج كبيرا لأن المانع القائم بها ليس مانعا للصغير لقيام المانع به أيضا فكان المانع القائم بها كلا مانع

قوله (بالتمكين) أي التام وخرج به ما لو مكنته ليلا فقط أو في دار مخصوصة فلا نفقة لها م ر

والمدار على التسلم ولو بالإكراه ولو للمجنونة ح ل

فإن حصل التمكين في الأثناء وجب القسط باعتبار اليوم والليلة إن كان غير مسبوق بنشوز فإن كان مسبوقا به فنقل عن شيخنا أنه لا يجب القسط لأنه مسقط للجميع ح ل ملخصا

ومثله سم عن م ر

قوله (يوجب المهر) أي يكون سببا لوجوبه بحيث تشتغل به ذمة الزوج وأما تسليمه فلا يجب إلا إن أطاقت الوطء ح ل

ويدل عليه كلامه بعده وعبارة ع ش على م ر ومع وجوبه بالعقد لا يجب تسليمه حتى تطيقه ومعنى وجوبه بالعقد حينئذ أنه لو مات أحدهما قبل التمكين استقر المهر أو طلقها قبل الدخول استقر النصف

قوله (والعقد) انظر لم أظهر في محل الإضمار شوبري أي بل كان يكفيه أن يقول فلا يوجب عوضين مختلفين

ويمكن أن يجاب بأنه أظهر إشارة إلى أن المراد العقد من حيث هو لا بقيد كونه عقد نكاح والظاهر أن قوله مختلفين لا مفهوم له

قوله (ومعصر) والمعصر بمثابة المراهق في الذكر لأنه يقال صبي مراهق وصبية معصر

ولا يقال هي مراهقة ح ل وشرح م ر

قوله (نعم لو سلمت) التسليم ليس بقيد بل المدار على التسلم ولو بالإكراه

قوله (ونقلها إلى مسكنه) ليس بقيد أيضا

قوله (بأن عرضت المكلفة) ولو سفيهة

---

(١) حاشية البجيرمي، ١٠٥/٤

وقوله أو السكرى يقتضي أن السكران غير مكلف وهو كذلك كما في المنهاج وغيره أي بل في حكم المكلف

قوله (غيرهما) وهو الصغيرة والمجنونة وقضية هذا أن غير المحجورة لا يعتد بعرض وليها وإن زوجت بالإجبار فلا يجب بعرضه نفقة ولا غيرها والظاهر أنه غير مراد اكتفاء بما عليه عرف الناس من أن المرأة سيما البكر إنما يتكلم في شأن زواجها أولياؤها

وقوله متى دفعت المهر أي الحال وخرج به ما اعتيد دفعه من الزوج لإصلاح شأن المرأة كحمام وتنجيد ونقش فلا يكون عدم تسليم الزوج ذلك عذرا للمرأة بل امتناعها لأجله مانع من التمكين وما اعتيد دفعه أيضا لأهل الزوجة فلا يكون الامتناع لأجله عذرا في التمكين ع ش على م ر

قوله (متى دفعت المهر) أي الحال مكنت يفهم منه أن لها حبس نفسها لقبضه فتستحق النفقة حينئذ

قوله (عند الاختلاف في التمكين) خرج بالتمكين الاختلاف في الإنفاق أو النشوز فإنها المصدقة ح ل بأن ادعى أنه أعطاها النفقة فأنكرت أو ادعى نشوزها فأنكرت

قوله (من حين بلوغ الخبر) أي إن كان المخبر ثقة أو صدقه الزوج ويصدق في عدم تصديقه للمخبر برماوي

قال س ل قوله من حين الخ ظاهره وإن لم يمض زمن يمكنه الوصول إليها

وسيأتي في الغائب اعتبار الوصول إليها ا هـ ع ش على م ر

قوله (ابتداء) أي قبل التسليم

قوله (وأظهرت له) ظاهر المتن رجوع الضمير للزوج وجعله الشارح راجعا للقاضي

قوله (كتب) أي وجوبا برماوي

قوله (فيجيء) بالنصب والرفع ع ش على م ر

قوله (من حين التسليم) أي بالفعل لا من حين إظهاره كما يدل عليه قوله فإن أبى ومضى زمن وصوله تأمل وحرر

وعبارة ع ش قوله من حين التسليم لكن إذا وقع التسليم في أثناء اليوم والليلة بعد نشوزها لا يجب قسط ذلك لوقوع النشوز في بعضهما وهو مسقط للجميع م ر سم

قوله (فإن أبى) أي مع القدرة عليه فلو منعه من السير والتوكيل عذر فلا يفرض عليه شيء لانتقاء تقصيره شرح م ر

قوله (فرضها القاضي) أي قاضي بلده المشعر بأنه علم له بلد

فقوله فإن جهل موضعه محترز ذلك

قال سم أي فرض نفقة معسر إن لم يعلم خلافه ا هـ

قال في ع ب وله أن يفرض لها دراهم قدر الواجب

قوله

". (١)

"(فإنها تبنى) أي على اليومين ولا تستأنف فتصبر يوما آخر ثم تفسخ فيما يليه ح ل

والضابط أن يقال متى أنفق ثلاثة أيام متوالية وعجز استأنفت وإن أنفق دون الثلاثة بنت على ما قبله برماوي

قوله (فلا فسخ الخ) والكلام في الرشيدة فلا أثر لرضا غيرها به لا يقال يشترط لصحة النكاح يسار الزوج بحال الصداق

لأنا نقول ذاك فيمن زوجت **بالإجبار** خاصة أما من زوجت بإذنها فلا يشترط ذلك في صحة نكاحها ولو سفيهة على أنها قد تزوج **بالإجبار** لموسر وقت العقد ثم يتلف ما بيده قبل القبض ع ش على م ر

فصل في مؤنة القريب قوله (ولو بكسب) للرد قال الشوبري وهذا يفيد أنه يجب على الأصل اكتساب نفقة فرعه العاجز عن الكسب

وقال شيخنا محله في العاجز لنحو زمانة كصغر لا مطلقا

قوله (وغيره) كزوجته ومملوكه فإنهما مقدمان على مؤنة القريب

وعبارة م ر كزوجته وخادمها وأم ولده ا هـ

وفي ق ل على الجلال حصر الغير في هذه الثلاثة

قوله (كفاية أصل) أي قوتا وأدما ومسكنا لائقا به ح ل

---

(١) حاشية البجيرمي، ١١٣/٤

وعبارة ع ن المراد بها ما يستطيع به التصرف والتردد ودفع ألم الجوع ويختلف بسنه وحاله فلا يكفي سد الرمق بل ما يقيمه للتردد

قال الغزالي ولا يجب إشباعه أي المبالغة فيه

أما أصل الشبع فواجب فإن ضيف سقطت نفقته ودخل في الكفاية القوت والأدم والكسوة وخالف البغوي في الأدم وتجب الكسوة بما يليق به لدفع الحاجة والمسكن وأجرة الفصد والحجامة والطبيب وشراء الأدوية ومؤنة الخادم إن احتاج إليه لزمانة أو مرض

قوله (معصومين) بخلاف غير المعصومين أي بشرط أن يكون له قدرة على عصمة نفسه فخرج بقوله معصومين المرتد والحربي ودخل الزاني المحصن لأن توبته لا تعصمه ويستحب له الستر على نفسه ح ل

إذ ليس له قدرة على عصمة نفسه فليس متمكنا من التوبة برماوي

قوله (وعجز الفرع) أي لصغر أو جنون أو مرض أو زمانة

قال زي وقدرة الأم أو البنت على النكاح لا تسقط نفقتها وهو واضح في الأم وأما البنت ففيه نظر إذا خطبت وامتنعت لأن هذا من باب التكسب والفرع إذا قدر عليه كلفه إلا أن يقال إن التكسب بذلك يعد عيبا ع ن

قوله (والأولى الاحتجاج بقوله تعالى) وجه الأولوية الصراحة وهذا يفيد أن الاحتجاج بذلك صحيح أيضا ووجه الاحتجاج بذلك أنها وجبت لهن لأجل الولد فهو السبب في الوجوب فهو أولى بالوجوب ولا يخفى أن تسليم صحة الاحتجاج بما ذكر يبطل الاستدلال به على وجوب نفقة الزوجات أي عند عدم الولد فليحرر ع ن

قوله (ألزم) أي لوجوب الإرضاع عليها ع ن أي في الجملة وهي إذا انفردت وقد يقال لزوم أجرة الإرضاع لكون الولد في غاية الافتقار حينئذ وذلك منتف فيما بعده على أن قوله ألزم أفعل تفضيل مع أن اللزوم لا يتفاوت تدبر

قوله (أيضا) أي كما احتج له بالقياس

قوله (فإن لم يفضل) هذا مفهوم قول المتن بما يفضل عن مؤنة ممونه

وقوله عنا أي عن مؤنة ممونه

وقوله وظاهر الخ تقييد لمنطوق قوله كفاية أصل وفرع فلا يرد عليه لأن ظاهره أنه يلزمه الكفاية وإن كان الفاضل لا يكفيه مع أن محل لزوم كفايتهما إن كان الفاضل يكفيهما فإن كان دون ذلك لم يلزمه غيره ومحل لزومها أيضا إن كانا حرين كلا فإن كانا مبعضين لم يلزمهما إلا القسط إذا علمت هذا عرفت أنه كان الأولى للشارح تقديم قوله وظاهر الخ على قوله فإن لم يفضل عنها شيء الخ لتعلقه بالمنطوق تأمل

قوله (وبما ذكر) أي من تقييد الفرع بالعجز والإطلاق في الأصل ح ل

وقوله وإنه يباع الخ

هذا علم من قوله وإن لم يفضل عن دينه لأنه أفاد أن كفاية القريب تقدم على وفاء الدين فهي أهم منه فيلزم من هذا أن ما يباع في الدين يباع فيها بالأولى

قوله (وجبت لأصل لا فرع) فللولي حمل الصغير على الكسب إذا قدر عليه

". (١)

"الزركشي ز ي ؛ لكن الذي يظهر في هذا المقام أن المراد هنا بالمؤنة المضافة إلى النقل الأجرة ، بل الصواب أن المراد ما يشملهما ؛ ولهذا أفتى الشهاب الرملي في رجل أودع آخر في درب الحجاز فولا ودقيقا فتصرف فيه بغير إذن مالكه بأنه يطالبه بقيمته في محل الإتلاف ولا يجبر على قبول المثل .ا هـ .مرحومي .قوله : (ولو أخذه المالك وشرط إلخ) هو مرتبط بقوله فإن استرده المالك ، فكأنه قال : فإن استرده من غير شرط أجرة على الغاصب ولا إجبار على التزامها كلف الغاصب حينئذ رده .قوله : (لم يجز) أي بطريق **الإجبار** أما بالرضا فلا مانع منه فليراجع ، ولعل عبارة الشارح " لم يجبر " فحرفها الناسخ .قوله : (لأنه ينقل ملك نفسه) أي ؛ لأن المالك يجب عليه نقل ملكه .قوله : (إن علم المالك به) أي بالرد .قوله : (إلى كل من أخذ منه) كما لو رده على المالك .قوله (لا إلى الملتقط) ويبرأ الغاصب منه بالرد إلى الحاكم .ا هـ .م د .قوله : (لأنه غير مأذون له) قد يؤخذ منه إنه لو تملكها بعد مدة التعريف الشرعية كفاه الرد عليه .ا هـ .م د .قوله : (من جهة الملك) بل من الشارع .قوله : (أنه يبرأ) أي بالرد إليهما .قوله : (لكنهما ضامنان) الأولى أن يقول وإن كانا ضامنين .قوله : (قضية كلام المصنف) أي حيث

---

(١) حاشية البجيرمي، ١١٩/٤

اقتصر على الرد ولم يقل ورد معه غيره ، قال الأجهوري : مقتضى هذه القضية أنها ما دامت باقية لا يجب رد شيء معها إن نقص وصفها أو مضت مدة لمثلها أجرة ، وهو نص." (١)

"فكاثنين أيضا وإلا فكواحد ا هـ .قوله : (حكم الاثنين) وهل يكلف كل منهما بموافقة الآخر على فعل ما وجب عليه من صلاة وحج وغيرهما من كل ما يتوقف على الحركة أو لا ؟ سئل عن ذلك حج ، فأجاب بأنه لا يجب على أحدهما موافقة الآخر في فعل شيء أراده مما يخصه أو يشاركه الآخر فيه إذا لم يتأت فعل كل منهما لذلك بأن كان ظهر أحدهما لظهر الآخر لأن تكليف الإنسان بفعل لأجل غيره من غير نسبته لتقصير ولا لسبب فيه منه لا نظير له ولا نظر لضيق وقت الصلاة في تلك الصورة ؛ لأن صلاتهما معا لا تمكن لأن الفرض تخالفهما أي تخالف وجهيهما .فإن قلت : لم لا نجبره ويلزم الآخر بالأجرة كما هو قياس مسائل ذكروها ؟ قلت : تلك ليست نظير مسألتنا لأنها ترجع إلى حفظ النفس تارة كمرضعة تعينت والمال أخرى كوديع تعين ، وما هنا إنما هو إجبار لمحض عبادة وهي يغتفر فيها ما لا يغتفر فيهما أي المرضعة الوديعة .فإن قلت : عهد الإجبار بالأجرة للعبادة كتعليم الفاتحة بالأجرة .قلت : يفرق بأن ذاك أمر يدوم نفعه بفعل قليل لا يتكرر ، بخلافه هنا فإنه يلزم تكرار الإجبار بل دوامه ما بقيت الحياة وهذا أمر لا يطاق ، لم يتجه إيجابه ؛ بل إن رفعا إلى الحاكم أعرض عنهما إلى أن يصطلحا على شيء يتفقان عليه ا هـ شرح ابن حجر .قوله : (من قصاص) أي فيما قتلهما شخص عمدا فيقتل في أحدهما وعليه دية للآخر ، فإن عفا على مال فديتان ، وكذا كان خطأ أو شبه عمد ، ولو أصاب أحد الملتصقين نجاسة." (٢)

""كان " .وقوله " وإلا " أي بأن كانت تنتقل لحاكم عادل فلا ، أي فلا يلي الولي الخاص الفاسق بل الولاية للحاكم العادل .قوله : (إذ الفسق إلخ) كان الأولى أن يزيد قبله أو بعده ، إذ لا معنى للانتقال من فاسق إلى فاسق .قوله : (والأوجه إطلاق المتن) أي باعتبار مفهومه ، وهو أن الفاسق لا يزوج وإن كان بحيث لو سلب الولاية لانتقلت إلى حاكم فاسق ، أو المراد بإطلاقه اشتراط العدالة في الولي الخاص مطلقا ؛ بخلاف الحاكم فلا يشترط عدالته ؛ لأن الحاكم يزوج للضرورة والضرورة يغتفر فيها ما لا يغتفر في غيرها ، فقوله ؛ لأن الحاكم علة لمقدر .وحاصله إبداء فرق بين الحاكم وغيره من الولي بما ذكر ، فاندفع ما يقال أي فارق بين الحاكم وغيره .قوله : " وقضاؤه نافذ " الظاهر أن ذكره استطرادي .قوله : (أما الإمام

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٣٥٧/٨

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٤٢٤/٩

الأعظم) محترز قوله : " غير الإمام الأعظم " لكن يكون مكررا ؛ لأن حكم الإمام الأعظم علم مما قبله ، إلا أن يقال ما تقدم مفروض فيما إذا كان هناك ولي فاسق هل ينتقل للحاكم أو لا ؟ وهنا مفروض في الأعم أو عدم الولي الخاص بالمرة ، ومثل الإمام الأعظم نائبه كما أفتى به م ر ، أو المراد الأعظم ولو بنائبه .ولا ينافيه قوله الآتي : " فيزوج بناته وبنات غيره بالولاية العاملة " ؛ لأن نائبه ولايته عامة في عقود النكاح بالنسبة لناحيته ، ومال م ر إلى أن الإمام الأعظم يزوج بناته بغير **الإجبار** ؛ لأن الولاية العامة له في حقهن غير محضة بخلاف بنات غيره فلا." (١)

"يزوجهن **بالإجبار** ، وكذا لا يزوج بناته بغير **الإجبار** مع وجود ولي خاص كجد أو عم أو نحوه فيقدم الجد .قوله : (فعليه) أي على كونه يزوج بالولاية العامة .قوله : (إذا لم يكن إلخ) فإن كان فلا يزوج .وهذا إذا كان فاسقا ، فإن كان عدلا فإنه يزوج بناته بالولاية الخاصة **وبالإجبار** إن كن مجبرات ، بخلاف ما إذا كان فاسقا وآل الأمر إليه في تزويج بناته فإنه لا يجبر على المعتمد كما في بنات غيره ؛ لأن الولاية العامة لا إجبار فيها .وعبارة شيخنا م د : قوله : " إذا لم يكن إلخ " أي فمحل تزويجه لبناته إذا لم يكن لهن جد أو عم أو نحوه بصفة الولاية ؛ لأن تزويجه بالولاية العامة والولاية الخاصة مقدمة عليها ، ويؤخذ منه أن بناته لو كن أبكارا لم يكن له إجبار ؛ لأن الولاية العامة لا إجبار فيها ، لكن مال م ر في غير شرحه لتزويجه **بالإجبار** ونظر فيه سم : وعبارة ع ش على م ر ، نصها : ولو كن أبكارا هل يجبرهن ؛ لأنه أب جاز له التزويج أو لا ولا بد من الاستئذان ؛ لأن تزويجه بالولاية العامة لا الخاصة ؟ فيه نظر ، ومال م ر للأول ا هـ سم على حج ؛ لكن مقتضى قوله إن لم يكن لهن ولي خاص الثاني ، وذلك ؛ لأنه اشترط في تزويجه فقد القريب العدل بأن لا يكون لها أخ أو نحوه فتمحض تزويجه بالولاية العامة وهي لا تقتضي **الإجبار** بل عدمه .قوله : (كبنات غيره) أي فإنه أعني الإمام لا يزوجهن إلا عند فقد الولي الخاص لهن .قوله : (تنبيه إلخ) غرضه الاعتراض على المتن من حيث." (٢)

"فصل : في بيان الأولياء قوله : (ترتيبا) تمييز ولا يضر عطف المعرفة عليه وهو عدمه ؛ لأنه يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع .وهو تمييز محول عن المضاف والتقدير في بيان أحكام ترتيب الأولياء وإجبارهم وعدمه ، فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه وهو الأولياء مقامه ، فانبهمت النسبة الإضافية فأتي بالمضاف وجعل تمييزا .وبيان الترتيب يؤخذ من التعبير ب " ثم " **والإجبار** من قوله : " فالبكر يجوز

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ١٣١/١٠

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ١٣٢/١٠

للأب إلخ " .وعدم الإجبار من قوله : " والثيب إلخ " وبيان الخطبة من قوله : " ولا يجوز أن يصرح بخطبة معتدة " .قوله : (وعدمه) أي الإجبار .قوله : (وأولى الولاة) أفعل التفضيل على بابه بالنظر لمطلق الولاية لا بالنظر لذلك العقد وبالنظر لذلك العقد بمعنى مستحق نحو فلان أحق بماله أي مستحق له دون غيره ، إذ لا حق للجد مثلا مع وجود الأب .وأسباب الولاية أربعة : الأبوة والعصوبة والإعتاق و السلطنة ، والولاة بضم الواو جمع وال كغاز وغزاة وقاض وقضاة ، ولم يدخل الأبوة في التعصيب ؛ لأن الأب قد يرث بالفرض فقط إذا كان معه ابن ومثله الجد بخلاف غيرهم فإنهم لا يرثون إلا بالتعصيب .قوله : (لأن سائر الأولياء إلخ) عبارة م ر : لأنه أشفق الجميع .قوله : (كما قاله الرافعي) ذكره ليبرأ من عهدته ؛ لأنه غير مستقيم ق ل ؛ لأن العم لا يدلي بالأب وإنما يدلي بالجد ؛ لأنه هو الذي يجمع العم وابن أخيه في الانتساب إليه بخلاف الأب تأمل .وقال شيخنا ع ش : ولا." (١)

"(والنساء) بالنسبة إلى إجبارهن في التزويج وعدمه (على ضربين) الأول (بكر) تجبر (و) الثاني (الثيب) لا تجبر (فالبكر) ولو كبيرة ومخلوقة بلا بكارة ، أو زالت بلا وطء كسقطة أو حدة حيض (يجوز) ويصح (للأب والجد) أبي الأب وإن علا عند عدم الأب أو عدم أهليته (إجبارها على النكاح) أي تزويجها لخبر الدارقطني : ﴿ الثيب أحق بنفسها والبكر يزوجها أبوها ﴾ ولأنها لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء .تنبيه : لتزويج الأب أو الجد البكر بغير إذنها شروط : الأول أن لا يكون بينها وبينه عداوة ظاهرة .الثاني : أن يزوجها من كفء .الثالث : أن يزوجها بمهر مثلها .الرابع : أن يكون من نقد البلد .الخامس : أن لا يكون الزوج معسرا بالمهر .السادس : أن لا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى أو شيخ هرم .السابع : أن لا يكون قد وجب عليها نسك فإن الزوج يمنعها لكون النسك على التراخي ولها غرض في تعجيل براءة ذمتها قاله ابن العماد .وهل هذه الشروط المذكورة شروط لصحة النكاح بغير الإذن أو لجواز الإقدام فقط ؟ فيه ما هو معتبر لهذا وما هو معتبر لذلك ، فالمعتبرات للصحة بغير الإذن أن لا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة ، وأن يكون الزوج كفؤا ، وأن يكون موسرا بحال صداقها ، وما عدا ذلك شروط لجواز الإقدام .قال الولي العراقي : وينبغي أن يعتبر في الإجبار أيضا انتفاء العداوة بينها وبين الزوج انتهى .وإنما لم يعتبر ظهور العداوة هنا كما اعتبر ثم." (٢)

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ١٠/١٧٠

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ١٠/٢٠٣

"قوله : (وعدمه) أي عدم إجبارهن .قوله : (بكر) لو قال أبكار وثيبات لكان أنسب ق ل ، أي ليطابق المبتدأ وهو كناية عن ضرب والضرب في المعنى جمع .قوله : (فالبكر) أي ولو حكما بدليل الأمثلة الآتية .قوله : (ومخدرة) المخدرة هي التي ملازمة لبيتها .قوله : (أو زالت) أي أو خلقت ببكارة وزالت بلا وطء ، كأن زالت بأصبع أو نحوه .قوله : (للأب) أي وإن لم يل المال لطرو سفه بعد البلوغ على النص ؛ لأن العار عليه خلافا لمن زعم أن ولاية تزويجها تابعة لولاية مالها شرح م ر ، أي فتكون للقاضي .قوله : (أي تزويجها بغير إذنها) هو تفسير للمراد **بالإجبار** هنا وليس معناه الإكراه ق ل .قوله : (أحق بنفسها) أي في اختيارها للزوج أو في الإذن ، وليس المراد أنها أحق بنفسها في العقد كما يقوله المخالف وهم الحنفية .والإمام داود الظاهري يصححه بدونهما معا أي الشهود والولي ولا حد فيهما أيضا ، نعم إن حكم حاكم ببطلانه حد إن علم قبل وطئه ق ل على الجلال .قوله : (شديدة الحياء) أي فلا يحتاج إلى إذنها .قوله : (الأول أن لا يكون إلخ) هذا شرط للصحة .قوله : (عداوة ظاهرة) أي بحيث لا تخفى على أهل محلتها .وخرج بالعداوة الكراهة لنحو بخل أو عمى أو تشوه خلقة فيكره التزويج فقط ، وهل مثله في ذلك وكيله أو لا بد من عدم العداوة الظاهرة والباطنة ويفرق بين الولي ووكيله ؟ اعتمد م ر وحج الثاني ، قال في شرح الروض : ولا حاجة لاشتراط عدم عداوة الزوج ؛ لأن سليقة الولي." (١)

"قوله : (لو وطئت البكر في قبلها إلخ) ولو كان لها فرجان أصليان فوطئت في أحدهما وزالت بكارتها صارت ثيبا ، بخلاف ما لو كان أحدهما أصليا والآخر زائدا واشتبه الأصلي بالزائد فلا تصير ثيبا إذ يحتمل أن يكون الوطء في الزائد والولاية ثابتة فلا تزول بالشك .ا هـ .زي .وقوله " صارت ثيبا " أي وكذا لو كان أحدهما أصليا والآخر زائدا وتميز ووطئ في الأصل فزالت بكارتها فإنها تصير بذلك ثيبا ، بخلاف ما إذا وطئ في الزائد المتميز فإنها تستمر على بكارتها ولا تصير بذلك الوطء ثيبا ا هـ .وعبارة ق ل : ولما تعدد الفرج لم يزل **الإجبار** بالوطء في الزائد يقينا ولا في أحد المشتبهين للشك في زوال الولاية ويزول بالوطء في أحد الأصليين فلا بد من إذنها ؛ قاله شيخنا .ويتجه في تزويجها في الثالثة اعتبار مهر بكر نظرا للأصلي على الآخر ووجوب مهر بكر بالوطء فيه بل مع أرش بكارة إذا كان الوطء بشبهة ، ويتجه مثل ذلك في المشتبهين واعتبار إذنها احتياطا ؛ نعم لا حد هنا بوطئها للشبهة .قوله : (ولم تزل بكارتها) ويتقرر المهر بذلك الوطء كما سيأتي في الصداق .قوله : (كسائر الأبكار) فيزوجها أبوها بلا إذن .قوله : (كما أن قضية كلامهم) وهو التعليل بممارسة الرجال ، فالأولى أن يقول : كما أن قضيته كذلك إذا

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٢٠٥/١٠

زالت إلخ .وقوله : "كذلك " أي أنها كسائر الأبكار .قوله : (ولو خلقت بلا بكارة إلخ) مستدرك ؛ لأنه علم من قوله لو وطئت إلخ بالأولى .قوله : (عن الصيمري) بضم." (١)

"الميم وفتحها نسبة إلى صيمر قرية من قرى العجم .قوله : (في دعوى البكارة) أي قبل العقد أو بعده بدليل التقييد فيما بعد كما قرره شيخنا ، أي إذا ادعى الزوج أنها ثيب وأن أباها زوجها بغير إذنها فالعقد باطل وهي تقول أنا بكر فالعقد صحيح .قوله : (وكذا في دعوى الثيوبة) ظاهره أنها تصدق بلا يمين ، والمعتمد عند م ر أنه لا بد من اليمين فالتشبيه في أصل التصديق لا في كونه بلا يمين .وعبارة الرحماني : وتصدق في دعوى الثيوبة قبل العقد بيمين لاقتضاء دعواها إبطال حق الولي من تزويجها بغير إذن نطقا .قوله : (ولا تسأل عن الوطء) ولا يكشف عنها ؛ لأنها أعلم بحالها .قوله : (فإن ادعت الثيوبة بعد العقد) أي ادعت بعد العقد أنها كانت ثيبا قبله ق ل .قوله : (بل لو شهدت أربع نسوة عند العقد) أي بثيوبتها عند العقد إلخ ؛ أي شهدت بأنها كانت ثيبا عند العقد ووقعت تلك الشهادة بعد العقد بـه .والحاصل أن قوله عند العقد متعلق بمحذوف ومتعلق شهدت محذوف والتقدير شهدت أربع نسوة بعد العقد أنها كانت ثيبا عند العقد فلا تقبل شهادتهن .حادثة وقع السؤال عنها : وهي أن بكرا وجدت حاملا وكشف عليها القوابل فرأينها بكرا هل يجوز لوليها أن يزوجها بالإجبار مع كونها حاملا أم لا ؟ فأجاب بأنه يجوز لوليها تزويجها بالإجبار وهي حامل لاحتمال أن شخصا حك ذكره على فرجها .فأمنى ودخل منيه في فرجها فحملت منه من غير زوال البكارة فهو غير محترم فيصح." (٢)

"نكاحها في هذه الصورة مع وجود الحمل ، واحتمال كونها زنت وأن البكارة عادت والتحمت فيه إساءة ظن بها ، فعملنا بالظاهر من أنها بكر مجبرة وأن لوليها أن يزوجها بالإجبار أي ولا تحد أيضا .ا هـ .ع ش على م ر .." (٣)

"ذكر .وكون الزوج ممن يمكن جماعه لا طفلا لا يتأتى منه ذلك ، أو يتأتى منه وهو رقيق ؛ لأن نكاحه إنما يتأتى بالإجبار وقد مر أنه ممتنع فليحذر مما وقع لبعض الرؤساء والجهال من الحيلة لدفع العار من إنكاحها مملوكة الصغير ثم بعد وطئه يملكه لها لينفسخ النكاح ، وقد قيل : إن بعض الرؤساء فعل ذلك وأعادها فلم يوفق الله بينهما وتفرقا ، وإنما حرمت عليه إلى أن تتحلل تنفيرا من الطلاق الثلاث ولقوله

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٢١٣/١٠

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٢١٤/١٠

(٣) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٢١٥/١٠

تعالى : ﴿ فإن طلقها ﴾ أي الثالثة ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ .تتمة : يكفي وطء محرم بنسك وخصي ولو كان صائما أو كانت حائضا أو صائمة أو مظاهرا منها أو معتدة من شبهة وقعت في النكاح المحلل أو محرمة بنسك ؛ لأنه وطء زوج في نكاح صحيح ، ويشترط في تحليل البكر الافتضاض كما قاله الشيخان .وتحل كتابية لمسلم بوطء مجوسي أو وثني في نكاح نقرهم عليه ، ولو نكح الزوج الثاني بشرط أنه إذا وطئها طلقها أو فلا نكاح بينهما ، وشرط ذلك في صلب العقد لم يصح النكاح ؛ لأنه شرط يمنع دوام النكاح فأشبه التأقيت .ولو تواطأ العاقدان على شيء من ذلك قبل العقد ثم عقدا بذلك القصد بلا شرط كره .s." (١)

"اشتهى طبعا حلل كما ينقض الوضوء بمسه ومن لا فلا .قوله : (لا طفلا) المراد به غير المراهق ؛ لأن المراهق يحصل به التحليل كما قرره شيخنا .قوله : (لا يتأتى منه) أي لا يتشوف إليه منه ، وفارق الطفلة حيث يحصل التحليل بوطئها بأن القصد من المحلل التنفير أي التنفير عن استيفاء عدد الطلاق وهو حاصل بوطئها وليس حاصلا بتغييب حشفة الطفل .وصورة تحليل الطفلة أي غير المراهقة بأن استدخلت ماءه المحترم وطلقها ثلاثا ثم أراد أن يجدد عليها العقد بعد التحليل ، هذا ليس بلازم بل ولو طلقها ثلاثا قبل الدخول واستدخال المني وأراد أن يعقد عليها ثانيا فلا تحل له إلا بعد محلل وإن كان لا عدة عليها ا هـ .قوله : (وقد مر أنه) أي الإجبار ممتنع أي في العبد بخلاف الأمة مطلقا .والفرق أن السيد يملك في الأمة الرقبة ومنفعة بضعها فله أن ينقل المنفعة لغيره وهو في العبد لا يملك منفعة بضعه فليس له إجباره على ما يتعلق به ، وفي إخراج هذا بالشرط المذكور نظر والصواب إخراجه بقوله : ولا بد من صحة النكاح إلخ ؛ وفي كلامه نظر من جهة أن الحكم الذي ذكره لم يمر وهو تابع في التعبير بذلك لغيره فكان الأولى أن يقول : وهو ممتنع قوله : (ممتنع) أي لا يجبر السيد عبده على النكاح .قوله : (لينفسخ النكاح) أي صورة ولو قيل بصحته ، وهذا باطل عند الشافعي وعند الحنفية صحيح ؛ فإن قلدهم في ذلك صح وإلا فلا .قوله : (تنفيرا من الطلاق الثلاث) إيضاحه قول." (٢)

"تنبيه : كيفية المطالبة أنها تطالبه أولا بالفيئة التي امتنع منها فإن لم يفئ طالبته بطلاق لقوله تعالى : ﴿ فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم ﴾ ولو تركت حقها كان لها المطالبة بعد ذلك لتجدد الضرر ، وليس لسيد الأمة مطالبته ، لأن التمتع حقها وينتظر بلوغ المراهقة ولا يطالب

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٧٧/١١

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٨٢/١١

وليها لذلك .وما ذكرته من الترتيب بين مطالبتها بالفيئة والطلاق هو ما ذكره الرافعي رحمه الله تعالى ، تبعا لظاهر النص وإن كان قضية كلام المنهاج أنها تردد الطلب بينهما .فإن كان المانع بالزوج وهو طبعي كمرض فتطالبه بالفيئة باللسان بأن يقول إذا قدرت : فئت ثم إن لم يفئ طالبته بطلاق أو شرعي كإحرام وصوم واجب فتطالبه بالطلاق لأنه الذي يمكنه لحرمة الوطء فإن عصى بوطء ، لم يطالب لانحلال اليمين (فإن امتنع) منهما أي : الفيئة والطلاق .(طلق عليه الحاكم) طلقة نيابة عنه .لأنه لا سبيل إلى دوام إضرارها ولا إجبار على الفيئة لأنها لا تدخل تحت **الإجبار** ، والطلاق يقبل النيابة فناب الحاكم عنه عند الامتناع فيقول أوقعت على فلانة عن فلان طلقة كما حكي عن الإملاء أو حكمت عليه في زوجته بطلقة .s." (١)

"قوله : (النوع الثاني القسمة بالتعديل) : اعلم أن مدار قسمة التعديل على الاختلاف إما في القيمة كعبيد من جنس قيمها مختلفة أو لاختلاف في الصورة كما في عبيد من جنس مع استواء القيمة أو مع اختلاف القيمة والجنس كعبيد من أجناس مع اختلاف القيمة .قوله : (بأن تعدل) أي تقوم .قوله : (الخاليين) لا يناسب الصورة الثانية لأن الأرض بعضها نخل وبعضها عنب .قوله : (كأرضين) الأولى كأرض واسعة فيها جيد ورديء ويمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده هذا هو المراد ويكون استدراكا على قوله : لزم شريكه الآخر إجابته أي ما لم يمكن قسمة كل على حدة وإلا فلا إجبار .قوله : (ويجبر على قسمة التعديل) أشار به إلى أنها تجري في العقار والمنقول ، وقد اشتملت هذه المسألة : على قيود خمسة قوله منقولات وقوله : نوع وقوله : لم يختلف .وقوله : متقومة .وقوله : إن زالت الشركة .مثال ذلك ما قاله الشارح : وإنما كان ذلك من قسمة التعديل مع كون الجنس واحدا والقيمة مستوية ، نظرا لاختلاف الصورة فخرج بمنقولات العقارات ففيها تفصيل إن كانت متفقة الأجزاء والقيمة فهي إفراز وإلا فتعديل وخرج بنوع منقولات أنواع كعبيد : تركي وهندي وحبشي فلا إجبار في ذلك ، وخرج بقوله : لم يختلف ما لو اختلف كضائنتين مصرية وشامية فلا إجبار في ذلك ، وخرج بمتقومة المثلية فإنها إفراز لا تعديل وإن كان فيها إجبار قال ق ل على الجلال : ولا يمنع من **الإجبار** الاشتراك في نحو الممر ولا في نحو سطح." (٢)

"وشرط القسمة ما قسم بتراض من قسمة رد وغيرها رضا بها بعد خروج قرعة والنوع الأول إفراز للحق لا بيع .والنوعان الآخران بيع وإن أجبر على الأول منهما كما مر .sقوله : (وشرط القسمة ما قسم بتراض

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ١٠٧/١١

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٣/١٤

من قسمة رد وغيرها) أي مما لا إجبار فيه كقسمة عبيد أو ثياب مختلفي النوع كتركي وهندي وضائنتين مصرية وشامية استوت القيمة أو اختلفت لشدة تعلق الغرض بكل نوع وعبارة متن المنهاج : ويشترط في قسمة الرد الرضا باللفظ بعد خروج القرعة ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه اشترط الرضا بعد القرعة كقولهما رضينا بهذه القسمة لا بهذا أو بما أخرجتها القرعة .قال م ر في شرحه : أما ما قسم إجبارا فلا يعتبر فيه الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها ا هـ .قلت : وقد علم أن قسمة الإفراز والتعديل فيهما **الإجبار** ا هـ .." (١)

"الحبس ا هـ سم قوله وقسمة أي قسمة إفراز أو تعديل لا رد لأنها بيع ولا يدخلها **الإجبار** بخلاف التعديل يدخلها **الإجبار** فكأنها ليست بيعا ا هـ ح ل قوله للفقراء ليس بقيد ا هـ شوبري قوله اشتراه جزافا قيد به ليتأتى عدم القبض أما لو اشتراه مكيلا فلا بد لصحة إباحته من كيله وقبضه ا هـ شرح الروض قوله ويكون به المشتري قابضا أي بالإعتاق وكذا بالإيلاد والوقف ا هـ ح ل قوله وفي معناه البقية أي من حيث إن في كل تصرفا من غير عوض في الجملة أو تصرفا لا إلى مالك في الجملة فلا يرد على الأول التزويج ولا على الثاني الوصية وقوله لكن إلخ مقتضى كونه غير قابض بالمذكورات أنه إذا تلف أو أتلفه البائع انفسخ البيع والتصرف المذكور فليحرر ا هـ قوله لكن لا يكون قابضا إلخ أي ويكون قابضا فيما عدا ذلك وهو الإيلاد والوقف فلو مات الموصي والمدبر قبل القبض أو تلف الموصى به ينبغي بطلان الوصية لبطلان البيع بخلاف التدبير فإنه يعتق بموت المدبر وحينئذ يكون بمثابة إعتاق السيد وهو قبض ومثل الوصية في البطلان التزويج إذا تلف قبل القبض وهذا تصريح بأنه لا بد من قبض المشتري فإن مات قام وارثه مقامه في قبض ذلك ا هـ ح ل قوله إن لم يقبضوه أي الفقراء وأما ما عداه فلا بد فيه من قبض المشتري ا هـ ح ل قوله إن لم يقبضوه فلو قبضوه كان المشتري قابضا ا هـ شرح م ر ولعل الفرق بين إباحة الطعام للفقراء وبين الصدقة والهدية والهبة حيث لم يصح شيء منها أن كلا من الصدقة وما معها طريق للملك بذاته بمعنى أن صيغها محصلة للتمليك وطريق فيه وإن توقف تمامه على القبض وإباحة الطعام ليس فيه ما يقتضي الملك لذاته وإنما يقتضيه بلازمه وهو أكلهم له مثلا كالضيف فإنه لا يملك ما قدم له وإنما يملكه بالازدراد ا هـ ع ش عليه قوله ولا يجوز إعتاقه على مال أي لأنه بيع ولا عن كفارة الغير لأنه هبة ا هـ شرح م ر قوله على مال أي من غير العبد وإلا فهو عقد عتاقة فيصح قوله ولا عن كفارة الغير أي ولو." (٢)

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٧/١٤

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٧٤٧/٥

"المختار قبض الشيء أخذه والقبض أيضا ضد البسط وبابهما ضرب ا هـ قوله وأما قبضه لبكر فصحيح أي لأن قبضه لنفسه عن المدين مستلزم لقبضه عن الإذن والإذن في المستلزم إذن في لازمه فيصح في اللازم وإن فسد في الملزوم ا هـ شوبري قوله وهو حال سيأتي محترزه بالنسبة للثمن في كلام المصنف أي والمبيع معين وكان العقد لازما ا هـ ح ل قوله ولكل حبس عوضه إلخ نعم إن تمانعا وخاف كل صاحبه أجبرهما الحاكم كما هو واضح بالدفع له أو لعدل ثم يسلم كلا ماله ا هـ شرح م ر قوله فإن تنازعا في الابتداء إلخ مقابله محذوف للعلم به تقديره وإن لم يتنازعا فالأمر ظاهر ا هـ شيخنا قوله أجبرا أي بعد لزوم العقد ا هـ سلطان وقرر شيخنا ز ي أنهما يجبران أيضا إذا كان الثمن كالمبيع في الذمة وذلك في السلم أي إذا كان رأس مال السلم في الذمة ولا يخفى إشكاله لأنه لا بد من قبض الثمن قبل التفرق من المجلس وقبل التفرق لا يتأتى الإجبار لأنه لا يكون إلا بعد اللزوم وفي الروضة فرع لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمن الخيار فلو تبرع أحدهما بالتسليم لا يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده وله استرداد المدفوع إليه ا هـ ح ل قوله إن عين الثمن وكذا إن كانا في الذمة فيجري فيهما ما تقدم ا هـ شيخنا قوله بأن كان في الذمة أي والمبيع معين وأما عكسه وهو أن يكون الثمن معينا والمبيع في الذمة وذلك في بيع الذمم الواقع بغير لفظ السلم إذ لا يشترط فيه قبض في المجلس ففي هذه الصورة يجبر المشتري إن حضر المبيع إلى آخر التفصيل الآتي ا هـ شيخنا قوله وإلا بأن كان في الذمة أي سواء كان حالا أو مؤجلا وقوله فبائع يجبر أي والمبيع معين ا هـ من شرح م ر قوله فبائع يجبر على الابتداء أي إن باع لنفسه أما لو باع نيابة عن غيره كوكيل وولي وناظر وقف وعامل قراض لم يجبر على التسليم بل لا يجوز له حتى يقبض الثمن كما يعلم من كلامه في الوكالة ولا يتأتى هنا إلا." (١)

"القاضي وإن كان موسرا فإن حضر ماله بمجلس البيع أجبر على التسليم وإن لم يحضر فإما أن يكون فوق مسافة القصر أو دونها فإن كان دونها حجر عليه القاضي وهذا الحجر يسمى الحجر الغريب وإن كان فوقها فإن صبر البائع حجر عليه أيضا ويسمى الحجر الغريب أيضا وإن لم يصبر فسخ ولا يتوقف على حجر فالحاصل أنه هنا حجران غريبان وحجر غير غريب مع فسخ وفسخ من غير حجر وإجبار ا هـ شيخنا قوله أجبر مشتر فإن أصر على الامتناع لا يثبت للبائع حق الحبس لإجبار المشتري على التسليم وفيما إذا حضر نوع الثمن يصير بالإجبار على التسليم محجورا عليه فيه فلا يصح تصرفه بما يفوت حق البائع وإلا لم يكن للإجبار فائدة ا هـ سلطان قوله إن حضر الثمن أي عينه إن تعين وإلا فنوعه وقوله مجلس العقد

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥/٧٨٤

إنما اعتبر مجلس العقد دون مجلس الخصومة لأنه الأصل فلا نظر لغيره لأنه قد لا تقع له خصومة ا هـ شرح م ر قوله إن حضر الثمن أي نوعه ،الذي يقضى منه إن كان في الذمة فإن ما في الذمة قبل قبضه لا يسمى ثمنا إلا مجازا قوله فإن أعسر بأن لم يكن له مال يمكنه الوفاء منه غير المبيع وقوله فلبائع فسخ هذا إن سلم بإجبار الحاكم وإلا امتنع عليه الاسترداد والفسخ إن كانت السلعة وافية بالثمن لأنه سلطه على المبيع باختياره ورضي بذمته كما نقل ذلك السبكي عن القاضي أبي الطيب وغيره وإن اقتضى كلام الرافعي الإطلاق وتبعه عليه الشيخ في شرح منهجه ولا ينافيه قول الشارح بإجبار أو دونه لأنه بالنسبة لما إذا حضر الثمن لا بالنسبة لما بعد إلا ا هـ شرح م ر قوله أيضا فإن أعسر أي بأن لم يكن عنده مال يفي بثمنه وقوله أو أيسر بأن كان عنده مال يفي بالثمن غير المبيع ا هـ بش قوله فلبائع فسخ بالفلس أي إن سلم بإجبار وأما قوله السابق أو بدونه فضعيف والمعتمد أنه إذا سلم متبرعا لم يجز له الفسخ إن وقت السلعة بالثمن ا هـ ح ل وعبارة سم قوله فللبائع فسخ اقتضى هذا كشرح المحلي والروضة أنه يفسخ سواء سلم **بالإجبار**." (١)

"عينا أو هي أجبرت على القبول أو الإبراء ا هـ م ر ا هـ ز ي يعني ولو قبضته جاهلة فقياس ما تقدم فيما لو قبض أصله أو فرعه جاهلا الصحة وقد يفرق بينهما بأن صفة البعضية معنى قائم بذات المحضر فعد كالعيب فيه ولا كذلك عدم تمكنها من البراءة عند وجود المعلق عليه فإنه أمر خارجي أيضا فالجهل بعدم قبول الدين جهل بالحكم وهو غير عذر لنسبتها إلى تقصير في الجملة قوله طريا راجع لهما ولم يثن لأنه فعيل وفيه أن فعيلا إنما يستوي فيه المثنى وغيره إذا كان بمعنى مفعول وهنا ليس كذلك لأنه بمعنى قام به الطراوة فالأحسن أن يقال طريا أي كل منهما ا هـ شيخنا قوله لما مر أي من قوله مع تضرره به ا هـ شيخنا قوله أجبر على قبوله أي فقط على المعتمد وإلا فسيأتي مقابله بقوله وقد يقال إلخ ولا يختص **الإجبار** بهذه المسألة بل يجبر الدائن على قبول كل دين حال أو الإبراء عنه عند انتفاء غرضه وقد أحضره من هو عليه أو وارثه لا أجنبي عن حي بخلافه عن ميت لا تركة له فيما يظهر لمصلحة براءة ذمته وسيأتي أن الدين يجب بالطلب أداؤه فورا لكن يمهل المدين لما لا يحل بالفورية كما في الشفعة أخذا من مثلهم ما لم يخف هربه فبكفيل أو ملازم ا هـ شرح م ر قوله أم لا أي لم يكن له غرض صحيح أي لم يلاحظ شيئا مما مر أي البراءة وغيرها وإن كان حاصلا فالمراد بكونه له غرض ملاحظة شيء مما مر وبعدم الغرض عدم الملاحظة ا هـ شيخنا قوله فإن أصر على عدم قبوله أخذه الحاكم أي ويكون أمانة عنده ويبرأ المدين

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٧٨٦/٥

ا هـ شرح م ر قوله أخذه الحاكم ويظهر وجوبه عليه عند الطلب ا هـ شوبري قال في الخادم من هنا يؤخذ أنه لو امتنع المسلم فوضعه بين يديه لا يكون قابضا ا هـ عميرة أقول في العباب ووضعه عنده كالبيع م ر فإن امتنع قبضه القاضي أو مأذونه ا هـ ومال شيخنا طب إلى أنه هنا يكفي الوضع بين يديه بخلاف كلام الخادم المذكور فليتأمل وقول العب ا ب كالبيع اعتمده م ر ا هـ سم قوله ولو أحضر المسلم فيه إلخ مفهوم." (١)

"أيضا من جملة مفهوم قوله ولو عجل وهي أيضا مفهوم القيد في قوله ولو أحضر المسلم فيه الحال في مكان التسليم إلخ تأمل قوله ولو أحضر المسلم فيه الحال هل وإن كان مؤجلا في الأصل ثم حل لا مانع حج وانظره أيضا مع قوله الآتي ولو ظفر به بعد المحل لا يقال هذا في السلم الحال وما يأتي في المؤجل لأنا نقول قوله وقد يقال بالتخيير إلخ ينافيه فليحرر ا هـ شوبري قوله الحال أي أصالة أو بعد حلول الأجل ا هـ ع ش على م ر وألحق الإسنوي بالحال المؤجل بنذر أو وصية نظرا لما وقع في العقد لا لما طرأ بعده ا هـ شوبري قوله أجبر على القبول أو الإبراء لك أن تقول هلا أجبر في الشق الأول أعني إذا كان الغرض غير البراءة على القبول أو البراءة كما في الشق الثاني أعني إذا كان الغرض البراءة لأن الغرض في الشق الأول كفك الرهن يحصل بالبراءة إلا أن يفرق بأنه لما لم يكن في الشق الأول البراءة مقصودة بالذات اقتصر على الأصل من مطالبته بالقبول بخلافه في الشق الثاني ا هـ سم قوله بالتخيير في المؤجل أي ولم يكن للمسلم غرض صحيح في الامتناع لأن هذه بعينها هي مفهوم المتن الذي صرح به بقوله فيما مر فإن لم يكن له غرض صحيح في عدم قبوله أجبر على قبوله فجزم **بالإجبار** على القبول جريا على المعتمد وإنما ذكرها هنا لغرض الفرق الذي أشار إليه بقوله وعليه إلخ ا هـ شيخنا قوله في المؤجل أي الذي عجل عن محل التسليم ولم يكن للمسلم غرض صحيح في الامتناع وكان غرض المؤدي هو البراءة وقوله والحال إلخ أي وكان غرض المؤدي هو البراءة ولا يقيد بكون المسلم لا غرض له لأن اختلاف المكان غرض صحيح ا هـ شيخنا قوله في الثاني أي الحال وقوله وعليه يفرق أي بين المؤجل مطلقا أي المحضر في مكان التسليم أو غيره والحال المحضر في غير مكان التسليم وبين الحال المحضر في مكان التسليم فعلم من هذا التقرير أن المسلم إذا لم يكن له غرض في المؤجل المعجل وكان المسلم إليه غرضه من تعجيله براءة ذمته يجبر." (٢)

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٢٠٤/٦

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٢٠٦/٦

"المسلم على القبول فقط لا عليه أو على الإبراء الذي هو التخيير ا هـ ح ل قوله بطلب الإبراء أي أو القبول وفيه نظر لأن التضييق في ذينك أشد لأن فيهما **الإجبار** على القبول وفي مسألتنا التخيير بين القبول والإبراء ا هـ وأجيب بأن طلب الإبراء فيه تضييق حيث قيل له إما أن تقبل أو تبرئ ا هـ وقوله بخلاف ذينك أي المؤجل والحال المحضر في غير مكان التسليم فإن المؤجل الذي عجل قد اختلف فيه الزمان والحال المحضر في غير مكانه قد اختلف فيه المكان ا هـ ح ل قوله ولو ظفر به إلخ شروع في الترجمة الثالثة وهي بيان أدائه في غير مكانه ا هـ شيخنا وفي المختار والظفر الفوز وقد ظفر بعدوه من باب طرب قوله ولو ظفر به بعد المحل في غير محل التسليم ولنقله مؤنة لم يلزمه أداء فيه أمور أحدها فسر الشارح كما ترى قوله ولنقله مؤنة بقوله ولنقله من محل التسليم إلى محل الظفر وقد عللوا عدم اللزوم حينئذ بتضرر المسلم إليه حينئذ بذلك فانظر ما معنى تضرره بذلك فإنه لا يلزم من الأداء تكليفه مؤنة النقل لأنه قد يكون لنقله مؤنة ويمكن تحصيله من محل الظفر من غير غرامة مؤنة النقل بأن يوجد في محل الظفر بسعر محل التسليم أو بدونه بل قد يكون محل الظفر هو محل وجود المسلم فيه ولا يوجد في محل التسليم إلا بالنقل من محل الظفر إليه لا يقال يحمل الكلام على ما إذا كان سعره بمحل الظفر أعلى لأنا نقول علو سعره بمحل الظفر مانع مستقل من لزوم الأداء وإن لم يكن لحمله مؤنة حتى لو كان المسلم فيه نقدا يسيرا لا مؤنة لنقله وكان سعره بمحل الظفر أعلى لم يلزم الأداء على المنقول المعتمد كما سيذكره اللهم إلا أن يقال المنظور إليه إنما هو محل التسليم فلو ألزمناه بالأداء في محل الظفر حيث كان لنقله مؤنة فكأننا كلفناه المؤنة وإن لم يلزمه أنه يغرمها بالفعل وفيه نظر فليتأمل أو يقال المراد مؤنة توجب زيادة السعر وفيه م ر ستعلمه في الأمر الثاني وثانيها قال م ر قال بعضهم المراد مؤنة." (١)

"وحينئذ فهذا المنقول عن هذا البعض يوجب عدم اعتبار مجرد كون النقل له مؤنة ويوجب أن المدار إنما هو على زيادة القيمة بموضع الظفر فليتأمل ثم أوردت ذلك على م ر فقال المراد بارتفاع السعر بسببها أن تكون مؤنة النقل إذا انضمت إلى سعره بمحل الظفر زاد المجموع على سعره بمحل التسليم وإن كان السعر في الموضعين واحدا وفيه أن هذا ليس فيه إلا مجرد اعتبار مؤنة النقل في الحقيقة فتأمله وثالثها كتب شيخنا البرلسي بالهامش عند قوله ولم يتحملها المسلم إليه كما ترى ما نصه هذه العبارة يصدق مفهومها الآتي بما لو أسلم إليه في قمح صعيدي مثلا وجعل محل التسليم الصعيد ثم وجده بمصر فطالبه به فيها وتحمل المؤنة أي أن يدفع له مقدار أجرة حمله من الصعيد إليها ولا يتجه إجباره على قبول ذلك كما لا

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٢٠٧/٦

يخفى فليتأمل نعم في عكسها يتجه الإجبار ا هـ وقوله في عكسها أي بأن جعل محل التسليم مصر فوجده بالصعيد فطالب. وتحمل المسلم مؤنة النقل بأن رضي بالمسلم فيه بدون زيادة أجرة نقله وأن يغرم من عنده أجرة نقله فليتأمل وفيما قاله رحمه الله تعالى أمران أحدهما أنه أفاد أن معنى تحمل المؤنة هنا الذي ذكره الشارح أن يدفع المسلم للمسلم إليه أجرة النقل من محل التسليم إلى محل الظفر لكن ما كتبناه في هامش الصفحة الآتية عن شيخنا الطبلاوي من قوله وتحملها المسلم بأن رضي بالمسلم فيه من غير مؤنة يأخذها من المسلم إليه يقتضي أن المراد بتحمل المؤنة الرضا بالمسلم فيه من غير شيء آخر في نظير نقله وهذا واضح بناء على أن المراد مؤنة نقله من محل الظفر إلى محل التسليم وقد يقال كل من الأمرين معتبر فحيث كان لنقله من محل التسليم إلى محل الظفر مؤنة ولم يغرمها المسلم للمسلم إليه أو كان لنقله من محل الظفر إلى محل التسليم مؤنة ولم يرض المسلم بأخذه إلا مع أجرة نقله إلى محل التسليم لم يلزم المسلم إليه الأداء لكن في هذا الكلام أمران أحدهما أنه يلزم من كون نقله إلى محل." (١)

"التسليم له مؤنة عكسه وهو أن لنقله إلى مكان الظفر مؤنة فما معنى جعل ذلك شيئين وثانيهما أن قضية هذا الكلام أنه إذا كان لنقله من محل الظفر إلى محل التسليم مؤنة ورضي المسلم بأخذه بدونها يلزم الأداء وهذا مفهوم من قول العباب ولو وجده المستحق بغير محل التسليم إن حل ولا مؤنة لنقله أو رضي به دونها ا هـ لكن كتب شيخنا في هامش البهجة ما نصه وقد بحث الجوجري استثناء ما لو كان المسلم فيه من شأنه أن يجلب إلى مكان اللقاء قال لا يجب أداؤه وإن قنع به المسلم لأن في ذلك تكليف المسلم إليه مؤنة نقله من بلد المحل إلى بلد اللقاء نبه على ذلك أول الباب وقال هنا بحث أيضا وساق شيخنا ما تقدم عن شرح الإرشاد لشيخنا نقله عن الجوجري ثم قال ثم رأيت ما بحثه أولا في متن المنهاج وشرحه للمحلي حيث قال ولو وجد المسلم المسلم إليه بعد المحل في غير محل التسليم لم يلزمه الأداء إذا كان لنقله من موضع التسليم مؤنة ا هـ كلام شيخنا وعلى هذا فما كتبناه في الهامش من أن قول الشارح لنقله من محل التسليم إلى محل الظفر من أن عكس ذلك أحسن فيه نظر فليحرر ثم هذا بخلافها في قوله الآتي ولم يتحملها المسلم إليه فإن المراد بها أن يدفع المسلم إليه للمسلم مؤنة النقل من محل الظفر إلى محل التسليم وثالثها أن قوله ولا يتجه الإجبار إن كان سبب ذلك زيادة السعر بمحل الظفر حينئذ لأن القمح إنما يحصل فيه بالنقل من محل التسليم كما جرت العادة بذلك ففيه أن زيادة السعر علة مستقلة لعدم لزوم الأداء والكلام ليس فيها بل في مجرد مؤنة النقل التي هي علة أخرى مستقلة كما ترى إلا أن يكون شيخنا

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٦/٢٠٩

يرى أن المدار على زيادة السعر لكن قوله في الحاشية الأخرى أي بشرط أن لا تكون قيمته في ذلك الوقت بالصعيد إلخ يقتضي أنه يعتبر كل من الأمرين وفيه أيضا أن كون القمح ينقل من الصعيد إلى مصر لا يوجب زيادة سعره بمصر على سعره بالصعيد بل قد يكون سعره بمصر كسعره بالصعيد أو أقل فينبغي أن." (١)

"فيه في بلد الاجتماع أعلى من قيمته في بلد التسليم لم يلزم المسلم إليه دفع المسلم فيه ولا دفع قيمته بل لا يجوز دفع قيمته لأنه اعتياض سواء في ذلك تحمل المسلم مؤنة النقل إن كان للنقل مؤنة أو لا وإن كانت قيمة المسلم فيه في البلدين سواء أو كانت في بلد التسليم أكثر فإن لم يكن لنقله مؤنة أو كان لنقله مؤنة وتحملها المسلم بأن رضي بالمسلم فيه من غير مؤنة يأخذها من المسلم إليه وجب على المسلم إليه الدفع إليه وإن كان لنقله مؤنة ولم يتحملها المسلم بأن لم يرض بالمسلم فيه من غير شيء يأخذه لم يلزم المسلم إليه الدفع إليه وهكذا يقال في القرض إلا أنه حيث لا يجبر المقترض على الدفع للمقرض أخذ القيمة لجواز الاعتياض عن القرض ا هـ ولم يلتفت فيما إذا دفع المسلم إليه إلى المسلم ما لنقله مؤنة ودفع له المؤنة أيضا إلى أنه يلزم الاعتياض بعد أن أوردته عليه وقول الشارح ولنقله من محل التسليم إلى محل الظفر لعل العكس أحسن كما وافق عليه شيخنا المذكور ا هـ سم قوله ولنقله مؤنة أي أو كان سعره في محل الظفر أعلى منه في محل التسليم ا هـ ع ش على م ر قوله ولم يتحملها المسلم عن المسلم إليه بأن يتكفل بنقله من محل التسليم بأن يستأجر من يحمل ذلك وليس المراد أنه يدفع ذلك للمسلم لأنه اعتياض ا هـ ح ل وقوله اعتياض أي عن صفة المسلم فيه وهي النقل ا هـ من خط شيخنا الأشبولي بهامش م ر قوله ولم يتحملها المسلم عن المسلم إليه هذه العبارة يصدق مفهومها بما لو أسلم إليه في قمح صعيدي مثلا وجعل محل التسليم الصعيد ثم وجده بمصر وطالبه به فيها وتحمل المؤنة أي أن يدفع له مقدار أجرة حمله من الصعيد إليها ولا يتجه إجباره على قبول ذلك كما لا يخفى فليتأمل نعم في عكسها يتجه **الإجبار** ا هـ سم قوله لتضرر المسلم إليه بذلك أي بالتزام مؤنة النقل لأن الأصل في الأداء أن يكون كذلك ا هـ ح ل قوله ولا يطالبه بقيمته قال الزركشي لكن له الدعوى عليه وإلزامه بالسفر إلى محل." (٢)

"التسليم أو التوكيل ولا يحبس ا هـ سم قوله ولو للحيلولة الأولى إسقاطه لأن القيمة إن كانت للفيصولة فلا يطالب بها قطعا لأنها استبدال حقيقي بخلاف ما إذا كانت للحيلولة فإنها تشبه الوثيقة ا هـ ع ش على م ر قوله أو تحملها المسلم إلخ الذي صمم عليه شيخنا طب أن المراد بتحمل المسلم لها دفعها إليه إذا

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٦/٢١٠

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٦/٢١٥

كان محل الظفر أعلى قيمة من محل التسليم أو مساويا كأن يكون محل لتسليم مصر ومحل الظفر مكة وعدم طلبها من المسلم إليه إذا كان محل الظفر أرخص كأن يكون محل التسليم مكة ومحل الظفر مصر فإذا لم يطلب منه في مصر المؤنة وجب عليه الدفع له في مصر فليتأمل ا هـ سم قوله ولم يتحملها المسلم إليه صرح السبكي بأنه لا يجبر ولو تحمل المسلم إليه لأنه اعتياض ا هـ وهذه العلة يؤخذ منها أنه لو كان محل التسليم بمصر مثلا وقد أسلم في قمح صعيدي ثم وجده بالصعيد فطلب المسلم من المسلم إليه التسليم هناك بلا مؤنة رلنقل أن يلزم المسلم إليه الدفع أي بشرط أن لا تكون قيمته في ذلك الوقت بالصعيد أعلى وهو ظاهر وينبغي أن يحمل عليه قول الشيخ فيما سلف قريبا ولم يتحملها المسلم عن المسلم إليه ا هـ عميرة وعلى هذا الحمل فيكون المراد بتحملها عدم طلبها من المسلم إليه وفي عكس هذه الصورة يكون المراد بتحملها دفعها للمسلم إليه كما كتبه شيخنا فيما سبق وارتضاه وعبارة شيخنا فيما كتبه بهامش المحلي ما نصه قال السبكي ولو بذل له المؤنة لم يجبر أيضا لأنه كالاعتياض ا هـ وفي شرح المنهج ما قد يخالفه فليحذر ا هـ وقضية هذه العلة الامتناع لا مجرد عدم **الإجبار** واعتمد هذه القضية م ر ورد ما في شرح المنهج وهو الصواب واعتمد طب خلاف ما صرح به السبكي ا هـ سم قوله فإن لم يكن له غرض صحيح هذه بعينها هي مسألة الأنوار المشار إليها بقوله فيما سبق والحال المحضر إلخ لكن ذكرها هناك لغرض الفرق وهنا لكونها مفهوم المتن فلا تكرار وقد يقال إن هذه في الحال بعد الأجل كما أشار إليه بقوله بعد." (١)

"الرديء إلخ تفريع على قوله وأداؤه صفة وقوله ولا قبول المثل إلخ تفريع على قوله ومكانا لكن قد علمت أن قوله ومكانا مفاده صورتان والشارح في التفريع سلك اللف والنشر المشوش لأن قوله ولا قبول المثل إلخ نظير قوله في السلم وإن امتنع من قبوله ثم لغرض لم يجبر وهذا متأخر في المتن وقوله ولا يلزم المقترض إلخ نظير قوله ولو ظفر به إلخ وهذا مقدم هناك وعذر الشارح في عدم سلوك الترتيب أن قول المتن لكن له مطالبته إلخ استدراك على مقتضى التنظير بالسلم في الشق الأول الذي هو قوله ولو ظفر به بعد المحل إلخ فلذلك أخره الشارح ليتصل به الاستدراك تأمل وقول المتن ومكانا لم يقل وأجلا مع تقدمه في السلم لأن الأجل لا يدخل القرض لأنه إن كان لغرض أفسده وإلا لغا ذكره ا هـ شيخنا قوله كمسلم فيه انظر هل يشترط لمحل تسليمه ما تقدم في السلم فيه من تعيينه إن كان محل العقد غير صالح أو لحمله مؤنة أو لا ويفرق بينهما مال شيخنا الزيادي إلى الأول فليحرر ا هـ شوبري قوله فإن كان لنقله مؤنة أي

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٢١٦/٦

من محل الإقراض إلى محل الظفر أو كانت قيمته بمحل الظفر أكثر من قيمته بمحل الإقراض فأحد الأمرين أي مؤنة النقل وارتفاع السعر مانع من **الإجبار** على الأداء كما تقدم في المسلم فيه لأن من ينظر إلى المؤنة ينظر إلى القيمة بطريق الأولى لأن المدار على حصول الضرر وهو موجود في الحالين وكلام الشافعي يشير إلى كل من العلتين فإذا أقرضه طعاما بمصر ثم لقيه بمكة لم يلزمه دفعه إليه لأنه بمكة أغلى كذا نص عليه الشافعي بهذه العلة وبأن في نقله إلى مكة ضررا فالظاهر أن كل واحدة منهما علة مستقلة ولا تلازم بين مؤنة النقل وارتفاع الأسعار فقد يوجد ارتفاع السعر وكونه أنقص تأمل ا هـ ح ل أي من غير مؤنة النقل قوله كأن كان لنقله مؤنة ولم يتحملها المقترض أي فإن تحملها أجبر المقرض على القبول وشمل تحملها ما لو دفعها مع المقرض وعليه فيفارق المسلم فيه بامتناع الاعتياض في السلم لا هنا." (١)

"الراهن فيقال إن الثمن عنده من ضمان الراهن إلى آخر التفاريع المتقدمة قوله وعليه مؤنة مرهون أي التي بها بقاؤه ا هـ ح ل أي دون التي بها تنميته فإن غاب أو أعسر راجع المرتهن الحاكم وله الإنفاق بإذنه ليكون رهنا بالنفقة أيضا فإن تعذر استئذانه وأشهد بالإنفاق ليرجع رجع وإلا فلا ا هـ حج ا هـ ز ي قوله أي الراهن المالك احترز به عن المستعير فمؤنته على المعير ا هـ ع ش قوله فيجبر عليها لحق المرتهن أي لا من حيث الملك لأن للمالك ترك سقي زرعه وعمارة داره ولا لحق الله لاختصاصه بذي الروح وإنما لم يلزم المؤجر عمارة الدار لأن ضرر المستأجر يندفع بثبوت الخيار له ا هـ ز ي قوله ولا يمنع الراهن إلخ لم يقيد بالمالك كسابقه ولعله حذفه منه لدلالة سابقة كما يرشد إليه قوله حفظا لملكه ويبقى النظر في المستعير الراهن هل له ذلك بنفسه لأنه من المصالح ومثله الوديع أو لا بد في ذلك من مراجعة الحاكم أو المالك ولعل هذا هو الوجه فليراجع ا هـ شوبري قوله عند الحاجة إليها فلو لم تكن حاجة منع من الفصد دون الحجامة قال الماوردي والروياني لخبر روي قطع العروق مسقمة والحجامة خير منه ا هـ شرح م ر قوله ولا يجبر عليها قال شيخنا لكن سيأتي في النفقات أنه يجب على السيد أجرة الطبيب وثمن الأدوية وإن لم يجب عليه ذلك لنفسه اكتفاء بداعية الطبع في حق نفسه بل الرقيق أولى بذلك من القريب فيحمل ما هنا من عدم الوجوب على أنه لا يجب ذلك من خالص ماله بل في عين المرهون ببيع جزء منه لأجلها إن لم يتعذر بيع جزء منه وإلا وجب في خالص ماله حفظا لحق القن ا هـ شرح م ر ا هـ شوبري فتلخص من هذا أن نفي **الإجبار** عليها إنما هو من حيث حق المرتهن فلا ينافي أنه يجبر عليها لحق الله تعالى قوله وهو

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٦/٢٣٩

أمانة بيد المرتهن واستثنى البلقيني من هذه القاعدة تبعا للمحاملي ثمان مسائل ما لو تحول المغصوب رهنا أو تحول المرهون غصبا أو تحول المرهون عارية أو تحول المستعار رهنا أو رهن المقبوض." (١)

"المتن بالصبي لإحالته فيما ولي ذلك عليه حيث قال أو جن فوليه وليه في صغر كمن بلغ غير رشيد فلم يحتج هنا إلا لبيان ولي الصبي ويعلم منه ولي ذينك بضميمة الحوالة إذ لو ذكرهما هنا لكان تكرارا والصبي يشمل الذكر والأنثى كما مر ا هـ رشيدي وفي المختار يقال وليه يليه بالكسر فيهما وهو شاذ وكل من ولي أمر أحد فهو وليه ا هـ قوله ولي صبي إلخ قضية تعبيره بالصبي أنه لا ولاية للمذكورين على الأجنة بالتصرف وصرحا به في الفرائض لكنه بالنسبة إلى الحاكم فقط ا هـ شرح م ر قوله ويكتفي بعدالتهما الظاهرة فإن فسقا نزع الحاكم المال منهما كما ذكراه في باب الوصية وينعزلان بالفسق في أحد الوجهين وقياس قول من قال في ولاية الإجبار في النكاح أن شرطهما عدم العداوة أن يطرد ذلك في ولاية المال قال الزركشي وهو ظاهر ا هـ شرح م ر قوله إذ الكافر يلي ولده الكافر أي حيث كان عدلا في دينه وقوله لم نقرهم المعتمد أنا نقرهم وكتب أيضا هذا والمعتمد بقاء الولاية إذا ترافعوا إلينا ا هـ ح ل قوله وهي في المسلمين أي ولو أجانب من المولى عليه أقوى أي منها في الكفار ولو أقارب للمولى عليه وقوله وهي في الكافر أي القريب للمولى عليه أقوى منها في المسلم الأجنبي من المولى عليه تأمل والمعتمد أنه لا فرق بين ولاية المال والنكاح ا هـ ع ش قوله عمن تأخر موته منهما أي إن كان الجد بصفة الولاية وإلا فوصي الأب وإن تقدم موتا ولو أوصى الأب في حياة الجد ثم مات الجد قبل موت الأب فالمتجه الصحة ا هـ شوبري قوله وسيأتي في الوصية أي في غير هذا الكتاب فلا إشكال وفيه شيء والأولى في الجواب أن يقال ذكر هذا على نية أن يذكر العدالة الباطنة ثم ثم عن له المشي على خلافه بحسب ما ظهر له في الموضعين وقوله العدالة الباطنة هذا هو المعتمد خلافا لما في كتاب الوصية حيث قال وعدالة ولو ظاهرة فإحالته عليه غير صحيحة والجواب عنه ما بالهامش قبل ا هـ ع ش قوله فقاض أي عدل أمين وإذا لم يوجد قاض." (٢)

"والأرقاء والحامل عند غلبة السلامة ا هـ شرح م ر وقوله ولو كان للصبي كسب إلخ ومحل الإجبار حيث احتيج إليه في النفقة كما يشعر به قوله ليرتفق به ويؤيده ما مر من أن ولي السفيه يجبره على الكسب حيث احتاج إليه وقضيته أنه لا يجبره إن كان غنيا ولا على ما زاد على قدر نفقته وفي حج أنهم صرحوا بأن

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٦/٣٢٩

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٦/٤٩٤

ولي الصبي يجبره على الكسب ولو كان غنيا ا هـ ع ش عليه قوله ويتصرف بمصلحة إلخ ولا يستحق الولي في مال محجوره نفقة ولا أجرة فإن كان فقيرا واشتغل بسببه عن الاكتساب أخذ أقل الأمرين من الأجرة والنفقة بالمعروف لقوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف لأنه تصرف في مال من لا تمكن مراجعته فجاز له الأخذ بغير إذنه كعامل الصدقات وكالأكل غيره من بقية المؤن وإنما خص بالذكر لأنه أعم وجوه الانتفاعات ومحل ذلك في غير الحاكم أما هو فليس له ذلك لعدم اختصاص ولايته بالمحجور عليه بخلاف غيره حتى أمينه كما صرح به المحاملي وله الاستقلال بالأخذ من غير مراجعة الحاكم ومعلوم أنه إذا نقص أجرة الأب أو الجد أو الأم إذا كانت وصية عن نفقتهم وكانوا فقراء يتمونها من مال محجورهم لأنها إذا وجبت بلا عمل فمعه أولى ولا يضمن المأخوذ لأنه بدل عمله ا هـ شرح م ر وكتب ع ش عليه قوله أخذ أقل الأمرين الضمير فيه للولي وخرج به غيره كالوكيل الذي لم يجعل له موكله شيئا على عمله فليس له الأخذ لما يأتي أن الولي إنما جاز له الأخذ لأنه أي أخذه تصرف في مال من لا تمكن معاقدته وهو يفهم عدم جواز أخذ الوكيل لإمكان مراجعة موكله في تقدير شيء له أو عزله من التصرف ومنه يؤخذ امتناع ما يقع كثيرا من اختيار شخص حاذق لشراء متاع فيشتريه بأقل من قيمته لحذقه ومعرفته ويأخذ لنفسه تمام القيمة معللا ذلك بأنه هو الذي وفره لحذقه وأنه فوت على نفسه أيضا زمنا يمكنه فيه الاكتساب فيجب عليه رد ما بقي لمالكه لما ذكر من إمكان مراجعة إلخ فتنبه له فإنه يقع كثيرا." (١)

"للجدار وقوله لبناءين أي مثلا ا هـ ع ش على م ر وحقيقة الكلام والجدار الكائن بين ملكي مالكين فهو بين الملكين لا بين المالكين كما لا يخفى قوله كوضع خشب في المختار جمع الخشبة خشب بفتحتين وخشب بضمتين وخشب كقفل وخشبان كغفران قوله وغرز وتد فيه بكسر التاء أفصح من فتحها ا هـ شوبري وهذا بخلاف السقف الذي بين العالي والسافل فإن لصاحب السفل أن يغرز فيه وتدا ويعلق فيه لاقتضاء العرف ذلك لأن الانتفاع ثابت للعالي قطعا فكذا ثبت للسافل تسوية بينهما ونظر بعضهم في هذا بأن ثبوته للعالي إنما هو لكونه وجد فيستدام كما في الجذوع التي لم يعلم سبب وضعها ولا كذلك السافل واعلم أن القديم قائل **بالإجبار** على وضع الجذوع ودليله قوي نعم لو كان الجار مقابلا وبينهما سكة أو شارع فأراد وضع رأس الجذوع على المقابل ليجعله ساباطا لم يجبر في القديم هنا ا هـ سم فرع وضع طرف الرف ليس كالجذوع فرع آخر لو كان الجدار وقفا أو مسجدا فانظر ما حكمه ا هـ سم أقول الظاهر

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٤٩٨/٦

عدم الجواز فيهما لأنه يحرم إخراج الجناح إلى هواء المسجد فهذا أولى وينبغي أن محل ذلك ما لم يكن بأجرة من جهة من يريد الوضع وللوقف فيه مصلحة فإن كان كذلك جاز وقوله ليس كالجذوع يوجه بخفة الضرر فيه ا هـ ع ش على م ر قوله مال امرئ مسلم المراد بالمسلم الملتزم لأحكام الإسلام ا هـ شوبري قوله فإعارة أي ويستفيد بها المستعير الوضع مرة واحدة حتى لو رفع جذوعه أو سقطت بنفسها أو سقط الجدار فبناه صاحبه لم يكن له الوضع ثانيا في الأصح لأن الإذن إنما تناول مرة ا هـ شرح م ر قوله أو رفعه بأرش وهو ما بين قيمته قائما مستحق القلع ومقلوعا ا هـ ح ل قوله وهي التملك بالقيمة أي قهرا وإلا فلا مانع إذا اشتراه منه بالتراضي أي فلا نقول لصاحب الجدار أن يختار تملك الخشب أو البناء تبعا للجدار قهرا على صاحبه كما في الخصلتين السابقتين وإن كان لصاحبه بيعه لصاحب الجدار كما يبيعه للأجنبي ا هـ شيخنا ح ف وهذا كأنه." (١)

"والقديم ونص عليه في الأم والبويطي في مسألة العلو **الإجبار** صيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل قال الزركشي وينبغي تقييد القولين بمطلق التصرف فلو كان لمحجور عليه ومصلحته في العمارة وجب على وليه الموافقة ولا يخفى أن محلهما في غير الوقف أما هو فيجب على الشريك فيه العمارة فلو قال أحد الموقوف عليهم لا أعمر وقال الآخر أنا أعمر أجبر الممتنع عليها لما فيها من بقاء عين الوقف وفي غير ذلك يجبر الممتنع على إجارة الأرض المشتركة وبها يندفع الضرر انتهت وكتب عليه ع ش قوله وكسقي نبات إلخ يؤخذ مما يأتي في إعادة أحد الشريكين بالآلة المشتركة من المنع أنه لو أراد أحد الشريكين السقي هنا من ماء مشترك معد لسقي ذلك النبات منع منه ومما في الأصول والثمار أنه لو أراد أحدهما السقي بماء مملوك له أو مباح لم يمنع حيث لم يضر بالزرع فليراجع ا هـ وكتب أيضا قوله وجب على وليه إلخ أما إذا كان الطالب ولي الطفل فلا يجب على شريكه الموافقة وكذا لو طلب ناظر الوقف من شريكه المالك لا تجب عليه موافقته بخلاف ما لو طلب بعض الموقوف عليهم العمارة من البعض الآخر فتجب عليهم الموافقة حيث كان فيه مصلحة للوقف ا هـ وكتب أيضا قوله أجبر الممتنع إلخ أي والحال أن الطالب والمطلوب منه مشتركان في الوقف وهم مشتركون في النظر لأن غير الناظر لا تطلب منه العمارة ولا يتأتى منه فعلها بغير إذن من الناظر أما إذا كان لشخص شركة في وقف وطلب من الناظر العمارة وجب عليه الإجارة بخلاف عكسه كما أفاد شيخنا كذا بهامش المؤلف وفهم من قوله وطلب من الناظر أن غير الناظر من أرباب الوقف ولو مستأجرا لا تجب عليه العمارة وإن أدى عدم عمارته إلى خراب الوقف ا هـ ثم قال

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥٤٧/٦

فرع موقوفات على جهات مختلفة هل يجوز أن يعمر من ريع بعضها البعض الآخر ينبغي أن يجوز حيث كان الوقف وقفا واحدا وإن اختلفت جهاته ومصارفه ثم رأيت م ر جزم بذلك وقرره فليراجع وانظر ما المراد بكونه واحدا هل باتحاد." (١)

"إن شرط له السدس من النقض في الحال وعلمت الآلة ووصف الجدار ا هـ سم قوله فإن شرطه بعد البناء إلخ قال في شرح الروض أو لم تعلم الآلة أو وصف الجدار ا هـ فرع قال في الروض ولهما أي الشريكين قسمته عرضا في كمال الطول وعكسه بالتراضي قال في شرحه لا بالجبر فلو طلبها أحدهما فامتنع الآخر لم يجبر لاقتضاء **الإجبار** القرعة وهي ممتنعة هنا لأنها ربما أخرجت لكل منهما ما يضر بالآخر في انتفاعه بملكه ثم قال في الروض ويجبر على قسمة عرصته أي الجدار ولو عرضا في طول ليختص كل بما يليه قال في شرحه فلا يقتسمان فيه بالقرعة لئلا يخرج بها لكل منهما ما يلي الآخر انتهى فانظر ما ذكره أولا من اقتضاء **الإجبار** القرعة مع ذكره ثانيا حيث قال ويجبر على قسمة عرصته ثم قال فلا يقتسمان فيه بالقرعة فإنه صريح في أن **الإجبار** لا يقتضي القرعة فليحرر ا هـ سم قوله فإن شرطه بعد البناء ولو للبعض وإن قل كما شمله كلامهم ا هـ شوبري قوله ويأتي مثله في العرصة أي في الجزء المشروط منها سواء كان وحده أو مع جزء من الآلة والضابط أن المشروط للمعيد أو للآذن لا بد أن يكون حالا قوله وله صلح بمال إلخ ولا يجب على مستحق إجراء الماء في ملك غيره مشاركته في العمارة له إذا انهدم ولو بسبب الماء وليس للمستحق دخول الأرض من غير إذن مالكها إلا لتنقية نهر وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرج من النهر وليس لمن أذن له في إجراء ماء المطر على السطح طرح الثلج عليه ولا تركه إلى أن يذوب ويسيل إليه ومن أذن له في إلقاء الثلج لا يجري المطر ولا غيره وشرط المصالحة على إجراء ماء المطر على سطح غيره أن لا يكون له مصرف إلى الطريق إلا بمروره على سطح جاره قاله الإسنوي ا هـ شرح م ر قوله يصح بلفظها لم يقل وتتأبد للحاجة فانظره وعبارة السبكي ثم إن قدر المدة فإجارة وإلا فعلى الأوجه الثلاثة المتقدمة في بيع حق البناء وعبارة الإسنوي إن عقد بصيغة الإجارة فلا بد من تقدير المدة قاله الرافعي وإن عقد." (٢)

"لأحدهما خشب أو كان ا هـ شيخنا وبعضهم قرر أنه عائد للأخيرة وعبارة الشوبري قوله أو كان له على الجدار خشب لعله معطوف على اتصل ببناء أحدهما والمعنى أو انفصل عن بناء أحدهما وكان له عليه خشب لكن فيه حينئذ أنها داخلة في عموم قوله بأن انفصل عن بنائهما فليتأمل لكن إذا كان المدار

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥٥٤/٦

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥٥٩/٦

على الاحتمال العقلي كما هو مقتضى كلامهم فما المانع من رجوع هذا لكل من المسائل الثلاث وما وجه قصر بعضهم له على الأخيرة وبعضهم على الأولى ولم يقل أحد من الحواشي بصحة رجوعه للثانية ا هـ قوله فلهما اليد أشار بذكر اليد إلى أنه لا يحكم بملكه لهما بل يبقى في يدهما لعدم المرجح فلو أقام أحدهما بينة به سلم له وحكم به له أو أقام غيرهما بينة به فكذلك ا هـ ع ش على م ر قوله لعدم المرجح أي لأن وضعها قد يكون بإعارة أو إجارة أو بيع أو قضاء قاض يرى **الإجبار** على الوضع فلا يترك المحقق بالمحتمل ا هـ شرح م ر قوله فإن أقام أحدهما بينة هذا تفريع على ما قبل إلا وما بعدها كما أشار إليه بقوله فيما مر كما سيأتي وقوله أو حلف تفريع على ما بعد إلا ا هـ شيخنا ويصح أيضا تفريعه على ما قبلها ويكون المراد بالأحد حينئذ خصوص صاحب اليد لأنه هو الذي يقضى له بالحلف كما تقدم في كلام الشارح بل ويصح أن يكون الحلف من غير صاحب اليد إذا نكل هو هذا وقول المتن أو حلف مع قول الشارح ونكل الآخر يحتمل أن المعنى ونكل الآخر بعد حلف خصمه وحينئذ يحتاج خصمه إلى يمين أخرى وهي المردودة ويحتمل أن المعنى وقد نكل الآخر قبل حلف من بدأ القاضي بتحليفه فعلى هذا يحتاج غير الناكل إلى يمينين فيجيء فيه الخلاف الذي ذكره في الشرح فلما كانت هذه العبارة مجملة احتاج إلى توضيحها بقوله وتتضح مسألة الحلف إلخ ا هـ قوله قضي له به أي وتكون العرصة له تبعا ا هـ شرح م ر قوله أو حلف أي كل للآخر وصورة حلفه أن يقول والله لا يستحق النصف الذي يدعيه والنصف الآخر لي خلافا لما يوهمه كلام الشارح قوله أو حلف." (١)

"فيهما شرط من شروط **الإجبار** كأن أقر بنكاحها لغير كفء فلا يقبل إقراره عليها ا هـ شيخنا قوله بخلاف غيره لتوقفه إلخ يدخل فيه ما إذا أقر لغير كفء وبه صرح الزركشي بخلاف ما تقدم في إقرار المرأة على ما فيه وقال م ر ينبغي أن لا يقبل إقرار كل من المرأة والولي بغير الكفء ا هـ سم قوله ولأب تزويج بكر أي سواء كان له على مالها ولاية كأن كانت صغيرة أو بلغت سفيهة أو لم يكن له عليه ولاية كأن بلغت رشيدة واستمر رشدها أو لم يستمر بل بزرت فإن ولي مالها هو القاضي في هذه الحالة وبعضهم زعم أن ولاية تزويجها تابعة لولاية مالها ا هـ شرح م ر بنوع تصرف قوله تزويج بكر ويرادفها العذراء لغة وعرفا وقد يفرقون بينهما فيطلقون البكر على من إذنها السكوت وإن زالت بكارتها ويخصون العذراء بالبكر حقيقة والمعصر تطلق على مقاربة الحيض وعلى من حاضت وعلى من ولدت أول ولادة أو حبست في البيت ساعة وحاضت أو قاربت عشرين سنة فالمعصر مشترك بين هذه المعاني لا يعلم المراد منها إلا بقرينة ا هـ

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥٦٣/٦

من شرح م ر وع ش عليه قوله بأن يزوجها وليس بينهما عداوة إلخ لم يبين الشارح شروط الصحة من شروط جواز الإقدام ولم يستوف الشروط فإن الذي في كلامه خمسة وهي في الواقع سبعة أربعة للصحة وثلاثة لجواز المباشرة وعبارة شرح م ر ويشترط لصحة ذلك كفاءة الزوج ويساره بحال صداقها كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى فلو زوجها من معسر به لم يصح لأنه بخسها حقها وليس مفرعا على أن اليسار معتبر في الكفاءة خلافا لبعض المتأخرين وعدم عداوة مطلقا بينها وبين الزوج كما بحثه العراقي وعدم عداوة ظاهرة بينها وبين الولي وإلا فلا يزوجها إلا بإذنها بخلاف غير الظاهرة لأن الولي يحتاط لموليته لخوف العار ولغيره وعليه يحمل إطلاق الماوردي والروياني الجواز واعتبر الظهور هنا دون ما مر في الزوج لظهور الفرق بين الولي المجبر والزوج لأن انتفاء العداوة بينها وبين وليها يقتضي أن لا يزوجها إلا لمن." (١)

"التزويج مع الكراهة ا هـ وعبارة الزيادي قوله وهذا بالنسبة للتزويج أي ولو بغير كفء انتهت ويؤيد تقرير شيخنا ما نقل عن السنجي وهو أن المعتمد اشتراط النطق الصريح خلافا لمر وحج قوله لا لقدر المهر أي إذا كان دون مهر المثل فلا يكفي السكوت بالنسبة لهذا فلو سكت انعقد بمهر المثل ا هـ شيخنا قوله ولا يزوج ولي من أب أو غيره لا يشمل الولي السيد لأن السيد ليس وليا لكن كلامه في ترجمة الفصل الذي يلي هذا تفيد أنه أراد بالولي ما يشمل السيد ثم ذكر فيه ما يفيد أن الولاية تارة تطلق على ما يقابل الملك وتارة تطلق على ما يشمله تأمل ا هـ ح ل وقوله عاقلة ثيبا وقوله بكرا عاقلة خرج به المجنونة ثيبا كانت أو بكرا وحكمهما ما ذكره في الفصل الآتي بقوله ولأب تزويج مجنونة ولو صغيرة وثيبا لمصلحة في تزويجها ولو بلا حاجة إليه فإن فقد الأب زوجها الحاكم إن بلغت واحتاجت للنكاح فعلم أن الحاكم لا يزوجها في صغرها لعدم حاجتها ولا بعد بلوغها لمصلحة إلى آخر ما سيأتي قوله بكرا عاقلة هو شامل للغوراء إذا وطئت ولم تزل البكارة وهو نظير قولهم في التحليل وإن كان يشكل على التعليل بعدم الممارسة لكن جزم المقدسي بعدم الإجبار كزائلة البكارة لسقطة ونحوها إذا وطئت فائدة لو ادعت البكارة أو الثيوبة فالقول قولها وإن كانت فاسقة ولا يكشف حالها ولا تسأل عن الوطء قال بعضهم وهذه حيلة في منع الأب من الإجبار ا هـ قلت قضية هذا أن مجرد قولها أنا ثيب وإن لم تقل من وطء يكون مانعا من الإجبار وهو ظاهر لأن معنى الثيوبة في الشرع من زالت بكارتها بالوطء نعم لو أراد الولي المجبر أن يقيم بينة على البكارة كي يجبرها من كفء عينه فلا يبعد إجابته لذلك ا هـ وما ذكره من جزم المقدسي بعدم الإجبار اختاره

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٨/١٤٨

شيخنا طب واعتمده م ر ثم اعتمد أن حكمها حكم البكر ا هـ سم وفي شرح م ر ما نصه وتصدق المكلفة في دعوى البكارة ولو فاسقة بلا يمين أي فيكتفى بسكوتها في الإذن وتزوج **بالإجبار** كما." (١)

"فاسق أبقيناه على ولايته قال ابن عبد السلام ولا سبيل إلى الفتوى بغيره قال الإمام النووي وهو حسن وينبغي العمل به والمعتمد انتقالها له أي للحاكم الفاسق ا هـ ح ل وز ي وعبارة شرح م ر وأفتى الغزالي بأنه إن كان لو سلبناه الولاية انتقلت إلى حاكم فاسق ولي وإلا فلا قال ولا سبيل إلى الفتوى بغيره إذ الفسق عم العباد والبلاد قال المصنف وهذا الذي قاله حسن وينبغي العمل به واختاره ابن الصلاح في فتاويه ا هـ شرح م ر قوله الإمام أي ومثله نوابه كالقضاة ا هـ شيخنا قوله فيزوج بناته وبنات غيره بالولاية العامة هذا يقتضي أنه لا يكون مجبرا فلا يزوج بنته الصغيرة ولا الكبيرة البكر إلا بإذنها ونقل عن شيخنا أنه مال إلى أنه يكون مجبرا وكتب أيضا أي حيث لا ولي غيره لبناته وبنات غيره لأن الولاية الخاصة مقدمة على العامة ومع ذلك لو كانت بناته أبكارا لا يحتاج إلى إذنهن لأنه أب وعليه فليس بالولاية العامة المحضة والظاهر أن الأم لو تولت الإمامة العظمى لا تزوج من ذكر إلا بالإذن لأنها لا تكون مجبرة ا هـ ح ل وعبارة ع ش على م ر قوله فيزوج بناته إلخ ولو كن أبكارا هل يجبرهن لأنه أب جاز له التزويج أو لا ولا بد من الاستئذان لأن تزويجه بالولاية العامة لا الخاصة فيه نظر ومال م ر للأول سم على حج لكن مقتضى قوله إن لم يكن لهن ولي خاص الثاني وذلك لأنه اشترط في تزويجه فقد القريب العدل بأن لا يكون لها أخ أو نحوه فتمحض تزويجه بالولاية العامة وهي لا تقتضي **الإجبار** بل عدمه قوله بأن بلغ غير رشيد أي في ماله والمراد ببلوغه رشيدا أن يمضي له بعد بلوغه زمن لم يحصل فيه ما ينافي الرشد بحيث تقضي العادة برشد من مضى عليه ذلك من غير تعاطي ما يحصل به لا مجرد كونه لم يتعاط منافيا وقت البلوغ بخصوصه ا هـ ع ش على م ر قوله ثم حجر عليه فإن لم يحجر عليه صح تزويجه كبقية تصرفاته ا هـ ح ل قوله ثم ح جر عليه راجع للثانية وأما الأولى فيكفي فيها حجر الصبي لأنه يدوم." (٢)

"من خصائص الجد حتى لو زوج السلطان مجنونا محتاجا لمجنونة لم يتول الطرفين وللعم تزويج ابنة أخيه بابنه البالغ لأنه لم يتول الطرفين ولابن العم تزويج ابنة عمه بابنه البالغ لأنه لم يتول الطرفين وإن زوجها أحدهما بابنه الطفل لم يصح إذ ليس فيه قوة الجدودة وعليه فالأقرب كما قاله البلقيني عدم تعين الصبر إلى بلوغ الصبي فيقبل بل يقبل له أبوه والحاكم يزوجها منه كالولي إذا أراد تزويج موليته وليس له تولي الطرفين

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ١٥٤/٨

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ١٧٣/٨

في تزويج عبده بأمته بناء على عدم إجباره له وهو الأصح ا هـ شرح م ر قوله فيزوجه مساويه خرج غيره فلا يزوج ابن العم لأبوين ابن العم لأب ا هـ سم قوله وقاضيا قاض آخر هذه من جملة أفراد ما مر أي إن أراد القاضي أن يتزوج من هو ولي لها لفقد الولي الخاص فلا يتولى الطرفين كما مر فرع لو قالت لابن عمها زوجني من نفسك جاز أن يزوجها له القاضي ولو قال زوجني ممن شئت لم يصح أن يتزوجها مطلقا لأن المفهوم من ذلك تزويجها بغيره ا هـ ق ل على الجلال قوله جاز للقاضي تزويجها منه بخلاف ما لو قالت زوجني ممن شئت لا يزوجها له القاضي بهذا الإذن لأن المفهوم منه التزويج بأجنبي وهذا واضح حيث لم تقم القرينة على أنه المراد بأن خطبها فقالت له هذا اللفظ ا هـ ح ل فصل في الكفاءة بالمد وهي لغة المساواة والمعادلة واصطلاحا أمر يوجب فقده عارا واعتبارها في النكاح لا لصحته غالبا بل لكونها حقا للولي والمرأة فلها إسقاطها ا هـ ق ل على الجلال فقوله لا لصحته أي دائما وإلا فقد تعتبر للصحة كما في التزويج **بالإجبار** ا هـ شيخنا قوله بل لأنها حق للمرأة إلخ استفيد منه أن المراعى فيها جانب الزوجة لا الزوج فضابط الكفاءة أن يكون الزوج مثلها في خسة أو كمال أو أرفع منها إلا في الخصلة الأولى من الخمسة فلا يصح أن يكون مثلها لو كانت معيبة ا هـ قوله فلهما إسقاطها أي ولو كانت شرطا للصحة لما صح العقد حينئذ ا هـ ح ل قوله برضاها أي ولو سفيهة كما صرح به في الوسيط." (١)

"ذلك كلام الشارح وليس المراد بها مقابلة كماله بنقصها ونقصه بكمالها ا هـ ويدل للأول أيضا قول المحلي ومقابل الأصح أن دناءة نسبه تنجبر بعفته الظاهرة قوله أو غيرهما وهو العيب والحرية والعفة ا هـ ح ل لكن فيه أن قوله وهو العيب والحرية لا يصح مع قول المتن لا معيبة ولا أمة فالحق أن الغير هو العفة فقط أي عدمها وهو الفسق فكأن الشارح قال بنسب أو حرفة أو عفة هذه الثلاثة يجوز للولي أن يزوج بدونها وبقي من الخمسة الاثنان المذكوران في قوله لا معيبة ولا أمة وفي الروض وشرحه ما نصه فرع متى زوج ابنه الصغير أو المجنون بذات عيب مثبت للخيار في النكاح لم يصح التزويج لانتفاء الغبطة أو زوجه بسليمة لا تكافئه بجهة أخرى صح التزويج لأن الرجل لا يتعير باستفراشه من لا تكافئه بخلاف المرأة إلا الأمة في حق الصغير فلا يصح تزويجه بها لفقد خوف العنت بخلاف المجنون يجوز تزويجه لها بشرطه وإن زوج المجنون أو الصغير بعجوز عمياء أو قطعاء الأطراف أو بعضها أو الصغيرة بهرم أو أعمى أو أقطع فوجهان صحح منهما البلقيني وغيره عدم الصحة في صور المجنون والصغير ونقلوه عن نص الأم لأنه إنما يزوجهما لمصلحة ولا مصلحة لهما في ذلك بل فيه ضرر عليهما وقضية كلام الجمهور في الكلام على

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٨/١٩٥

الكفاءة تصحيح الصحة في صور الصغيرة لأن وليها إنما يزوجها **بالإجبار** من الكفء وكل من هؤلاء كفء فالمأخذ في هذه وما قبلها مختلف والخصي والخنثى غير المشكل كالأعمى فيما ذكر فيصح تزويج الصغيرة منهما على ما اقتضاه كلام الجمهور المشار إليه آنفا لا مثل المجنون بالنون ليوافق ما في الأصل وتصح قراءته بالباء الموحدة وكل صحيح وإن لم يحتج إليه فلا يصح تزويج الصغيرة بواحد منهما لانتفاء الكفاية مع عدم الرضا كما علم مما مر وكالصغيرة فيما ذكر الكبيرة إن أذنت لوليها مطلقا ا هـ قوله نعم يثبت له الخيار أي لأنه قد يتضرر به؛ لما خفي على الولي من لحوق الضرر له فأشبه ما لو تزوج البالغ." (١)

"بالهمزة فيقال أبرمته به وتبرم مثل برم ا هـ قوله ولو نكح بلا إذن لم يصح نعم لو تعذرت مراجعة الولي والحاكم وخشي العنت جاز له الاستقلال بالنكاح حينئذ على ما بحثه ابن الرفعة كامرأة لا ولي لها بل أولى لكن أفتى الوالد بخلافه ا هـ شرح م ر وبقي ما لو لم يكن ثم ولي ولا حاكم هل يتزوج أم لا فيه نظر والأقرب الأول صيانة له عن الوقوع في الزنا ا هـ ع ش عليه وقوله كامرأة لا ولي لها إلخ أي فإنها تحكم له كما قاله سم وينبغي أن الكلام كله مع عدم إمكان التحكيم أما معه فينبغي أن يجوز وهو حينئذ كمسألة المرأة المذكورة ا هـ رشيدي وقوله لكن أفتى الوالد بخلافه هو المعتمد ا هـ ع ش على م ر قوله فلا شيء عليه عبارة شرح م ر لم يلزمه شيء أي حد قطعا للشبهة ومن ثم لحقه الولد ولا مهر أي ولو بعد فك الحجر عنه كما نص عليه في الأم سواء في ذلك الظاهر والباطن وما نقل عن النص من لزومه ذمته في الباطن ضعيف ا هـ شرح م ر وقوله للشبهة هو ظاهر حيث لم يعلم بفساد النكاح لها أما إذا علمه فينبغي أنه زان يجب عليه الحد لكن إطلاق قوله لم يلزمه شيء إلخ يفيد نفي الحد ولو مع العلم بالفساد ويوجه بأن بعض الأئمة كالإمام مالك يقول بصحة نكاح السفيه ويثبت لوليه الخيار وهذا موجب لإسقاط الحد على أن في كلامهم ما يقتضي جريان الخلاف عندنا في صحة نكاحه ا هـ ع ش عليه قوله فلا شيء عليه ظاهرا بمعنى أنه لا يطالب به حال الحجر ومعنى الباطن أنه يلزم ذمته ويطالب به بعد فك الحجر عنه ا هـ شيخنا عزيزي قوله مختارة أي وإن زوجت **بالإجبار** بأن عينته لوليها ا هـ ح ل قوله كما نص عليه الشافعي في الأولى ضعيف والمعتمد أنه لا فرق بين الظاهر والباطن ا هـ ح ل قوله في السفيهة أي حالة الوطء ولا نظر لكون إذن السفيه في الإتلاف البدني معتدا به ومن ثم لو قال لآخر اقطع يدي فقطعها فهو هدر لأن البضع متقوم فهو من الإذن في ؛ الإتلاف المالي ا هـ ح ل قوله والمجنونة وكذا المكرهة والنائمة ا هـ ح." (٢)

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٨/٢١٠

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٨/٢٢٧

"فمجرد الزوال عند الإسلام لا يكفي في التقرير وعلى هذا يحتاج لتقييد الإقرار على نكاح بلا ولي ونكاح الثيب **بالإجبار** بما إذا اعتقدوا صحة ذلك وكان يمكن جعل قول الروض وجوزوه عائدا لذلك أيضا لكن حيث كان المراد بعندنا قول أحد من علماء الإسلام لا يحتاج للتقييد فيما اختلف فيه من تلك الأمثلة وإنما يحتاج له فيما اتفق على منعه في الإسلام فليتأمل ا هـ سم قوله وحيث دام النكاح إلخ عبارة أصله مع شرح المحلي وحيث أدمنا النكاح لا تضر مقارنة العقد أي عقد النكاح إلخ انتهت وقوله العقد المراد به ما يعتقدون به وجود النكاح ولو فعلا كوطء لا نحو غصب ذمي لذمية ا هـ ق ل عليه قوله لمفسد المراد بالمفسد ما أجمع عليه أئمتنا أي على كونه مفسدا كما يدل عليه قوله فيقر إلخ ا هـ شيخنا وعبارة ابن عبد الحق قوله لمفسد أي عندنا فقط فإن كان مفسدا عندنا وعندهم ضر مطلقا أو عندهم فقط لم يضر مطلقا والمراد بالمفسد عندنا ما اتفق عليه علماؤنا كما قاله الجرجاني فيفيد أن غيره لا يشترط زواله عند الإسلام وهو ظاهر إن ترافعوا لمن يراه مفسدا قوله ما لو نكح حرة أي صالحة للتمتع وقوله وأمة سواء نكحهما معا أو مرتبا أما مع المعية أو تقدم نكاح الحرة فلا إشكال في اندفاع الأمة لأن المفسد قارن العقد والإسلام وأما عند تقدم نكاح الأمة فلم يوجد فيه ذلك وإنما أفسدوا فيه نكاح الأمة ناظرين في ذلك إلى أنه كالابتداء دون الدواء بخلاف نحو العدة الطارئة بعد العقد قال الرافعي لأن نكاح الأمة بدل يعدل إليه عند تعذر الحرة والإبدال أضيق حكما من الأصول فلهذا غلب هنا شائبة الابتداء ا هـ ز ي قوله ما لو نكح حرة وأمة أي فإنه تتعين الحرة وتندفع الأمة وقوله وأسلموا أي الثلاثة معا ولو قبل الوطء أو أسلمت الحرة قبله أو بعده في العدة ولو أسلمت الحرة فقط مع الزوج تعينت أيضا واندفعت الأمة وإنما لم يفرقوا بين تقدم نكاحها وتأخره لما مر آنفا في الأختين وكذا تندفع الأمة بيسار." (١)

"يحجر عليها القاضي ا هـ شيخنا قوله بقولها لوليها الباء للتصوير وقوله فزوج إلخ من جملة التصوير فالتفويض الشرعي اسم لمجموع قولها ما ذكر وتزويجه لها كما ذكر ا هـ شيخنا قوله بقولها لوليها زوجني بلا مهر أي أو على أن لا مهر وإن زادت مع ذلك لا قبل الوطء ولا بعده لا حالا ولا مآلا فإن سكتت عن ذكر المهر فليس تفويضا وكذا لو ذكرته مقيدا بغير مهر المثل قدرا أو صفة ويزوجها بما ذكرته ا هـ ق ل على الجلال قوله أو زوج بدون مهر المثل إلخ لأن تسميته ملغاة من أصلها لأنها لا توافق الإذن ولا الشرع فلا يقال هذه تسمية فاسدة فيجب مهر المثل بالعقد على أن التسمية الفاسدة إنما توجب مهر المثل إذا لم يؤذن في ترك المهر فكان هذا مستثنى من التسمية الفاسدة أي محل كون التسمية الفاسدة توجب مهر

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٣٠٧/٨

المثل بالعقد ما لم يكن هناك تفويض من المرأة ا هـ ح ل قوله أو بغير نقد البلد معطوف على لا بمهر المثل وإن زاد على مهر المثل من نقد البلد وكتب أيضا قوله أو بغير نقد البلد معطوف على قوله لا بمهر مثل فنقد البلد ليس من مسمى مهر المثل حتى يخالف ما سيأتي في قوله فرض قاض مهر مثل حالا من نقد البلد المصرح ذلك بأن نقد البلد ليس من مسمى مهر المثل وكذا تقدم في شروط **الإجبار** إلا أن يقال مهر المثل له إطلاقان تارة يراد به القدر فقط وتارة يراد به ما يشمل الحلول وكونه من نقد البلد ومراده به هنا الأعم من ذلك وحينئذ يصح أن يكون معطوفا على دون ا هـ ح ل قوله أو بغير نقد البلد أي أو بمؤجل ا هـ شرح م ر قوله كسيد زوج بلا مهر وظاهر أنه لو أذن لآخر في تزويج أمته وسكت عن المهر فزوجها الوكيل وسكت لا يكون تفويضا لأن الوكيل يلزمه الحظ لموكله فينعقد بمهر المثل نظير ما مر في ولي أذنت له وسكتت ا هـ شرح م ر وفي ق ل على الجلال تنبيه سكوت الموكل من ولي أو سيد عن ذكر المهر للوكيل ليس تفويضا على المعتمد وكذا سكوت الوكيل عن الولي أو السيد حال عقده وإن كان مفوضا إليه." (١)

"بالألف أخرجت طلعها فهي مطلع وربما قيل مطلعة ا هـ وقوله لم يؤبر عند الفراق محترز قول المتن بعده ولو فارق عليه ثمر مؤبر إلخ فرع لو استمر النخل في يدها حتى أبر الطلع فالظاهر أنه ليس لها **الإجبار** أخذا من قولهم إن الصداق مستمر في ملك الزوجة حتى يختار ذو الاختيار ا هـ شوبري قوله وعليه ثمر مؤبر أي حدث بعد." (٢)

"عفو الزوجة إذ العفو حينئذ من جهة واحدة بخلاف حمله على الزوج لكن قد يعترض هذا بأنه يجوز أن يكون قوله وأن تعفوا راجعا للأزواج ولا يقدح في ذلك تفسير الذي بيده عقدة النكاح بالولي وفيه بعد وأما تعبير المتكلم في الأول بالغيبة أعني قوله تعالى أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وإن كان مرجحا للقديم بحسب الظاهر فيجاب بأن الالتفات من أنواع البلاغة ثم وجه التقديم ترغيب الأكفاء في المولية بحسب معاملة أوليائها بر قال ع ش تنبيه هل للقاضي صرف مال اليتيمة في جهازها مع أنه يتلف بالاستعمال عن ابن الحداد كنت عند القاضي أبي عبيد بن حربويه فقال له محمد بن الربيع الجيزي أيها القاضي في حجري يتيمة وقد أذنت في تزويجها وطلب أهلها الجهاز فما تأمر فقال جهز بقدر صداقها قال ابن الحداد فقلت في نفسي أظنه يجاري في هذا القول مالكا رحمه الله تعالى فقلت أيد الله تعالى القاضي أعلى غير

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٤٤٢/٨

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٤٧٦/٨

المحجور عليه، أن تتجهز قال لا قلت فالمحجور عليها أولى فالتفت إلى ابن الربيع فقال لا تجهز إن أرادوا هكذا وإلا فليفعلوا ما أرادوا فسررت برجوعه عن قول مالك قال الزركشي فهذا ابن الحداد وابن حربويه منعا ذلك وهو ظاهر ثم قال رأيت لابن الحداد الجزم بالجواز لما فيه من رغبة الأزواج في الوصلة بها لكن مقتضى كلامه تخصيصه بالأب والجد والمعنى يقتضي التعميم قال ولعل مسألة ابن الحداد والقاضي في الإجبار على ذلك ولهذا قال الباجي مذهب الشافعي رضي الله عنه عدم إجبار المرأة على الجهاز خلافا لمالك ا هـ سم فصل في المتعة وهي بضم الميم وكسرها لغة التمتع كالمتاع وهو ما يتمتع به من الحوائج وأن يتزوج امرأة يتمتع بها زمنا ثم يتركها وأن يضم لحجة عمرة ا هـ شرح م ر فقول الشارح وهي مال إلخ يعني شرعا ومثل الشارح في التعبير بالمال م ر وحج ومقتضاه أنه لا يصح أن تكون غير مال كمنفعة مع أن المنفعة يصح كونها إصداقا إلا أن يقال إن المنفعة مال تأمل لكن يبعد هذا قوله في شرح." (١)

"ا هـ ولا يصح أن يقول طلقتها ونحو ذلك لأنه ليس له هذا اللفظ م ر قال في شرح الروض ويشترط في تطليقه عليه حضوره عنده ليثبت امتناعه فلو شهد عدلان أنه آلى ومضت المدة وهو ممتنع من الفيئة والطلاق لم يطلق عليه القاضي بل لا بد من الامتناع بحضوره إلا إن تعذر حضوره بتمرض أو توار أو غيبة فلا يشترط ذلك ا هـ سم قوله طلق عليه القاضي طلقة خرج ما زاد عليها فلا يقع كما لو بان أنه فاء أو طلق فإن طلقها ثم طلقها الزوج نفذ تطليقه كما اقتضاه كلام الروضة ونفذ تطليق الزوج أيضا وإن لم يعلم بطلاق القاضي كما صححه ابن القطان ا هـ شرح م ر وإذا طلق عليه القاضي بعد مدة الإمهال وبان أن الولي وطئ قبل تطليقه لم يقع طلاقه ولو وقع طلاق القاضي والمولى معا نفذ طلاق المولى جزما وكذا القاضي في الأصح بخلاف ما لو باع الحاكم مال الغائب واتفق أن الغائب باعه في ذلك الوقت فإنه يقدم على بيع الحاكم لأن بيع المالك أقوى ولم نقل بوقوع بيع الحاكم أيضا كما هنا لأنه لا يمكن وقوع البيعين من اثنين بخلاف الطلاق ا هـ عناني قوله طلقة أي رجعية فطلاق القاضي يقع رجعيا على المعتمد قوله نيابة عنه فيقول أوقعت عليها طلقة عنه أو أنت طالق عنه فإن حذف عنه لم تطلق فلو طلق ثم بان أن المولى وطئ أو طلق قبل تطليقه لم يقع طلاق القاضي ولو وقع طلاقهما معا وقع طلاق المولى والقاضي وأما لو وقع الطلاق من القاضي مقارنا للفيئة لم يقع ا هـ ح ل قوله نيابة عنه إذ لا سبل إلى دوام ضررها ولا إلى إجباره على الفيئة لعدم دخولها تحت الإجبار والطلاق يقبل النيابة فناب فيه عنه الحاكم عند الامتناع كما يزوج عن العاضل ويستوفي الحق من المماطل بأن يقول أوقعت عليها طلقة عنه أو طلقتها عنه أو أنت طالق عنه

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٨/٤٩٣

فلو حذف عنه لم يقع شيء كما قاله الدارمي في الاستذكار ا هـ شرح م ر قوله ينافي عدم حصول الفيئة بالوطء أي مطلقا حتى بالنسبة لانحلال اليمين والحنث والكفارة ا هـ ح ل قوله ويمهل يوما فأقل." (١)

"كونه فيه إلخ غرضه بهذه الصورة تكميل الصور العقلية التي يحتملها المقام ففي المتن ثلاثة وهذه رابعتها ا هـ قوله لم يلحق واحدا منهما أي وقد بان أن الثاني نكحها حاملا وهل يحكم بفساد النكاح حملا على أنه وطء شبهة من غيره أو لا حملا على أنه من الزنا وقد جرى النكاح في الظاهر على الصحة الأقرب كما قاله الأذرعي الثاني وجزم به في المطلب ا هـ شرح م ر وقوله وقد بان أن الثاني نكحها حاملا إلخ يؤخذ من هذا جواب حادثة وقع السؤال عنها وهي بكر وجدت حاملا وكشف عنها القوابل فرأينها بكرا هل يجوز لوليها أن يزوجها بالإجبار مع كونها حاملا أو لا وهو أنه يجوز لوليها تزويجها بالإجبار وهي حامل لاحتمال أن شخصا حك ذكره على فرجها فأمنى ودخل منيه في فرجها فحملت منه من غير زوال البكارة فهو غير محترم حينئذ فيصح نكاحها في هذه الصورة مع وجود الحمل واحتمال كونها زنت وأن البكارة عادت والتحمت فيه إساءة ظن بها فعملنا بالظاهر من أنها بكر مجبرة وأن لوليها أن يزوجها بالإجبار ا هـ ع ش عليه قوله فكذلك أي إذا ولدته لإمكان من الثاني دون الأول لحقه أو لإمكان من الأول دون الثاني لحقه أو لإمكان منهما عرض على قائف قوله وإلا فهو زان ومنه عامة أهل مصر الذين هم بين العلماء فلا يعذرون في دعواهم الجهل بالمفسد ومنه اعتقادهم أن العدة أربعون يوما مطلقا ا هـ ع ش على م ر انتهى فصل في تداخل عدتي امرأة أي إثباتا إن كانا لاثنين والتفاعل ليس على بابه لما يأتي في الشارح من أن الداخل إنما هو بقية الأولى في الشق الأول ومن أن الداخل في الحمل هو الأقراء وهذا في الشق الثاني ا هـ شيخنا كما يعلم بالتأمل وحاصل الصور أربعة لأن العدتين إما لشخص أو شخصين وعلى كل إما من جنس أو من جنسين فذكر واحدة بقوله لزمها عدتا شخص إلخ وأخرى بقوله أو جنسين إلخ وثنتين بقوله أو شخصين إلخ إذ هذا شامل للجنس والجنسين قوله هو أولى من قوله بأن كأنها أولوية عموم فيدخل في عبارته ما." (٢)

"أي فالرجل يحلف تارة على نفي العلم وأخرى على الإثبات والمرأة كذلك فالصور أربعة وصورة حلفه على البت ذكرها الشارح بقوله فإن نكلت حلف هو وصورة حلفه على النفي ذكرها المتن بقوله أو عكسه حلف إلخ وصورة حلفها على البت ذكرها المتن بقوله وإلا حلفت وعلى النفي ذكرها الشارح بقوله وله

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٩/١٠٢

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٩/٢٣٣

تحليفها قبل وطء وكذا بعده إلخ فظهر أن الصور الأربعة في الشارح والمتن وحينئذ فلا وجه لاستشكال الحلبي تصوير حلف الزوج على البت في الإثبات فإن كان وجهه أن هذه الصورة ليست في المتن وكلامه مع المتن فقط ورد عليه أنه كان ينبغي له أن يستشكل أيضا تصوير حلفها على النفي فإن هذه الصورة ليست في المتن بل في الشرح كما علمت وعبارة ح ل قوله سواء فيهما الرجل إلخ انظر ما صورته فإنه إذا ادعى الرضاع انفسخ النكاح مؤاخذة له بإقراره ولا يحلف فإن كان يدعي حسبة على غائب أن بينه وبين زوجته فلانة رضاعا محرما فالشاهد حسبة لا يمين عليه وربما يصور ذلك بما إذا أقر الرجل بالرضاع وأنكرت وكان قد دخل فيختلفان في قدر مهر المثل فيحلف على البت انتهت وعبارة م ر وحلف مدعيه على بت وقوله الشارح رجلا كان أو امرأة مصور في الرجل بما لو ادعى على غائب رضاعا محرما بينه وبين زوجته فلانة وأقام بينة وحلف معها يمين الاستظهار فتكون على البت وقوله ولو نكل المنكر أو المدعي إلخ مصور بما إذا ادعت مزوجة **بالإجبار** ثم سبق منها مناف رضاعا محرما ما فهي مدعية ويقبل قولها فلو نكلت وردت اليمين على الزوج حلف على البت ولا يعارضه قولهم يحلف منكره على نفي العلم إذ محله في اليمين الأصلية قوله ولو نكل أحدهما عن اليمين إلخ هذا تقييد لقول المتن وحلف منكر رضاع على نفي علم أي محل كون المنكر يحلف على نفي العلم إذا كانت اليمين أصلية أما إذا كانت مردودة فإنه يحلفها على البت كما صرح بهذا التقييد م ر لكن صورة حلف الزوج اليمين المردودة على البت فيما إذا كان منكرا للرضاع تؤخذ من قول المتن." (١)

"غير المحجورة لا يعتد بعرض وليها وإن زوجت **بالإجبار** فلا يجب بعرضه نفقة ولا غيرها والظاهر أنه غير مراد اكتفاء بما عليه عرف الناس من أن المرأة سيما البكر إنما يتكلم في شأن زواجها أولياؤها ا هـ ع ش على م ر قوله متى دفعت المهر أي الحال وخرج." (٢)

"به ما اعتيد دفعه من الزوج لإصلاح شأن المرأة كحمام وتنجيد ونقش فلا يكون عدم تسليم الزوج ذلك عذرا للمرأة بل امتناعها لأجله مانع من التمكين فلا تستحق نفقة ولا غيرها وما اعتيد دفعه أيضا لأهل الزوجة فلا يكون الامتناع لأجله عذرا في التمكين ا هـ ع ش على م ر قوله متى دفعت المهر إلخ يفهم من هذه العبارة أنه يجوز لها ولوليها حبس نفسها لأجل قبض الصداق ولا تكون بذلك ناشزة فقوله فيما سيأتي وتسقط بنشوز كمنع تمتع محله إذا لم يكن المنع جائزا لها وعبارته في كتاب الصداق ولها حبس نفسها

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٩/٣٤٠

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٩/٣٧٧

لتقبض غير مؤجل ملكته بنكاح انتهت وفي الروض وشرحه هنا ما نصه فرع وإذا جوزنا لها حبس نفسها بصداق بشرطه المذكور في الصداق وهو أن يكون معينا أو حالا ولم يدخل بها استحقت نفقتها وقد تقدم بيانه في كتاب الصداق قوله عند الاختلاف في التمكين خرج به الإنفاق والنشوز فتصدق الزوجة عند الاختلاف في واحد منهما ا ه شيخنا قوله فإن عرضت عليه إلخ أي والصورة أنه حاضر بالبلد ليصح قوله من بلوغ الخبر وإن لم يحضر بخلاف ما إذا كان غائبا فلا بد من حضوره بالفعل ا ه شيخنا أي أو مضي زمن يمكن فيه حضوره ولم يحضر كما أشار له المتن بقوله فإن غاب إلخ ا ه قوله فإن عرضت عليه إلخ أي إن كان مكلفا وإلا فعلى وليه فإن لم تعرض عليه مدة فلا نفقة لها فيها أي في تلك المدة وإن لم يطلبها ولم تعلم بالعقد كأن زوجت بالإجبار كما هو ظاهر لعدم التمكين ا ه شرح م ر قوله من حين بلوغ الخبر ظاهره وإن لم يمض زمن يمكنه فيه الوصول إليها وسيأتي في الغائب اعتبار الوصول إليها ا ه سم على منهج ا ه ع ش على م ر قوله من حين بلوغ الخبر أي إن كان المخبر ثقة أو صدقه الزوج ويصدق في عدم تصديقه للمخبر ا ه ق ل على الجلال قوله ابتداء أي قبل التمكين يدل عليه ما بعده وقوله ثم نشوزها قيد بذلك لتحتاج في إثبات المؤنة للرفع للقاضي و إلا فلو استمرت على الطاعة كانت المؤنة مستمرة وقوله وقد رفعت الأمر." (١)

"ا ه سم على حج قوله وبقبل وطء ما بعده أي وكانت مختارة فلو كانت صغيرة أو مجنونة أو مكرهة لم يعتبر تمكينها فلها أن تفسخ بعد الوطء وإن كان المهر تقرر بوطئها وفيه أنها تجمع بين العوض والمعوض ا ه ح ل وعبارة شرح م ر نعم يتجه عدم تأثير تسليم وليها من غير مصلحة فلها حبس نفسها بمجرد بلوغها فلها الفسخ حينئذ ولو بعد الوطء لأن وجوده هنا كعدمه انتهت قوله وقد بينت وجهه مع زيادة في شرح الروض وغيره عبارته في شرح الروض فلو قبضت بعض المهر كما هو معتاد فلا فسخ بعجزه عن بقيته لأنه استقر له من البضع بقسطه فلو فسخت لعاد لها البضع بكماله لتعذر الشركة فيه فيؤدي إلى الفسخ فيما استقر للزوج بخلاف نظيره من الفسخ بالفلس لإمكان الشركة في المبيع قاله ابن الصلاح في فتاويه ونقله عنه الإسنوي قال وتوقف ابن الرفعة وجزم البارزي بخلافه وكلام المصنف كأصله يوافقه لصدق العجز عن المهر بالعجز عن بعضه واعتمده السبكي وغيره قالوا لأن البضع لا يقبل التبعيض بل هو كالطلاق فيما لو سألته طلقة بألف لا نقول نصف الألف مقابل لنصف الطلقة فكذا لا يقال إن بعض المهر مقابل لبعض البضع بخلاف المبيع لأن الثمن يتسقط عليه في العقد فتقسط عليه في الرجوع عند الفسخ بخلاف المهر

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٣٧٨/٩

لا يتقسط على البضع في النكاح فلا يتقسط عليه في الفسخ قال الزركشي وقد يقال هذا هو مأخذ ابن الصلاح لأنه إذا لم يقبل التبعيض وقد أدى بعض المهر فقد دار الأمر بين أن يغلب عليه حكم المقبوض أو حكم غيره والأول أولى لتشوف الشارع إلى بقاء النكاح ولذلك لو ادعى المولى والعنين الوطء قبل قولهما وإن كان الأصل عدم ما ادعياه انتهت قوله فلا فسخ بامتناع غيره من الإنفاق أي ولا بامتناع القادر على الكسب من الاكتساب ا هـ من شرح الروض وشرح م ر ويجبره الحاكم على الاكتساب فإن لم يفد **الإجبار** فينبغي أن تفسخ صبيحة الرابع لتضررها بالصبر ا هـ ع ش على م ر قوله فلا فسخ بامتناع غيره أي غير من أعسر بأقل." (١)

"الفسخ على أصل صحيح فاستلزم النفوذ باطنا وقد جمع بذلك جمع انتهت قوله وتوافقا على جعلها إلخ عبارة الروض وشرحه وليس لها أن تأخذ نفقة يوم قدر فيه على نفقته عن يوم قبله عجز فيه عن نفقته لتفسخ عند تمام المدة لأن العبرة في الأداء بقصد المؤدي وإن تراضيا على ذلك ففيه تردد أي احتمالان أحدهما لها الفسخ عند تمام الثلاث بالتعليق وثانيهما لا وتجعل القدرة عليها مبطلة للمهلة قال الأذرعي والمتبادر ترجيح الأول وهو المعتمد ورجح ابن الرفعة الثاني بناء على أنها لا تفسخ بنفقة المدة الماضية ويجاب عنه بأن عدم فسخها بنفقة المدة الماضية محله في الماضية قبل أيام المهلة لا في أيامها انتهت قوله بنت على المدة معنى البناء أنها تفسخ في الحال في هذه الصورة ومعنى الاستئناف أنها تستأنف مدة جديدة وقوله فإنها تبني معنى البناء هنا أنها تكمل على اليومين الماضيين قوله فإنها تبني أي على اليومين ولا تستأنف فتصبر يوما آخر ثم تفسخ فيما يليه ا هـ ح ل قوله ولو رضيت بإعساره إلخ أي فخيار الفسخ بغير المهر على التراخي وخيار الفسخ بالمهر فوري لكن بعد الرفع للحاكم ومضي مدة الإمهال ا هـ من شرح م ر وقوله لكن بعد الرفع إلخ أي أما الرفع نفسه فليس فوريا فلو أخرت مدة ثم أرادته مكنت لأنها تؤخر المطالبة لتوقع يساره والفرق أنه بعد الرفع ساغ لها الفسخ فتأخرها رضا بالإعسار وقبل الرفع لم تستحق الفسخ لعدم الرفع المقتضي لإذن القاضي لاستحقاقها للفسخ ا هـ ع ش عليه قوله فلها الفسخ والكلام في الرشيدة فلا أثر لرضا غيرها به لا يقال يشترط لصحة النكاح يسار الزوج بحال الصداق لأنا نقول ذاك فيمن زوجت **بالإجبار** خاصة أما من زوجت بإذنها فلا يشترط ذلك في صحة نكاحها ولو سفيهة على أنها قد

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٤٠٢/٩

تزوج **بالإجبار** لموسر وقت العقد ثم يتلف ما بيده قبل القبض ا هـ ع ش على م ر قوله لأنه وعد لا يلزم الوفاء به لكن تسقط المطالبة بنفقة يومه ويمهل بعده ثلاثة أيام لأنه أي رضاها بما." (١)

"الحق لغيره لم يعد إليه بعوده فليتأمل فرع قال في المنهاج هنا وإن غابت الأم أو امتنعت فللجدة على الصحيح فقوله أو امتنعت منه تعلم عدم **الإجبار** وهو كذلك نعم لو وجبت المؤن عليها لفقد الأب فتجبر نبه عليه ابن الرفعة ذكر ذلك الزركشي ا هـ سم قوله والمميز إن افترق أبواه إلخ ظاهر إناطة الحكم بالتمييز أنه لا يتوقف على بلوغه سبع سنين وأنه إذا جاوزها بلا تمييز بقي عند أمه والثاني ظاهر وأما الأول فقياس ما مر في كونه لا يؤمر بالصلاة قبل السبع وإن ميز أنه لا يجبر حيث لم يبلغها وقد يفرق بأن عدم الأمر بالصلاة لما فيها من المشقة فخفف عنه حيث لم يبلغ السبع بخلاف ما هنا فإن المدار فيه على ما فيه صلاح نفسه وعدمه فيقيد بالتمييز وإن لم يجاوز السبع ا هـ ع ش على م ر وفي ق ل على الجلال والمميز من وصل إلى حالة بحيث يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده ولا يتقيد بسبع سنين قوله إن افترق أبواه من النكاح وينبغي أن يكون كالافتراق من النكاح أن لا يفترقا فيه لكنهما لا يجتمعان بأن اختلف محلهما وكان كل منهما لا يأتي للآخر لأن ذلك في معنى الافتراق من النكاح وكذا إذا كان يأتيه لكن أحيانا لا يتأتى فيها القيام بمصالحه كذا في حاشية التحفة وفيه نظر لأن فرقة النكاح أوجبت مانعا من الاجتماع بخلاف الفرقة المذكورة فعلى كل التعهد في وقته إذ لا مانع تأمل ا هـ شوبري قوله وصلحا أما إذا صلح أحدهما فقط فلا تخيير والحضانة له فإن عاد صلاح الآخر أنشئ التخيير ا هـ شرح الروض قوله فعند من اختار منهما وظاهر كلامه تخيير الولد وإن أسقط أحدهما حقه قبل التخيير وهو كذلك خلافا للماوردي والروياني فلو امتنع المختار من كفالته كفله الآخر فإن رجع الممتنع منها أعيد التخيير وإن امتنعا وبعدهما مستحقان لها كجد وجدة خير بينهما وإلا أجبر عليها من تلزمه نفقته لأنها من جملة الكفالة ا هـ شرح م ر قوله خير غلاما أي وإنما يدعى بالغلام المميز ا هـ شرح م ر قال في." (٢)

"كاملا من غير تشقيص فهو بمعنى قوله إن زالت الشركة فذكره بعده إيضاح ا هـ وقال الحلبي قوله أعيانا أي مستوية القيمة وأخذه من قول م ر لو اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة مستوية القيمة لا تحتمل آحادها القسمة فطلب أحدهما قسمة أعيانها أجيب إذا زالت الشركة بها ا هـ قوله بخلاف الدكاكين الكبار قال في المنهاج ولو استوت قيمة دارين أو حانوتين فطلب جعل كل لواحد فلا إجبار قال الزركشي قال

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٩/٤١١

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٩/٤٤٤

الماوردي ولو تراضيا بذلك لم يكن قسمة وكان بيعا محضا ببيع كل واحد منهما حقه من إحدى الدارين بحق شريكه من الأخرى ويكتب فيها ابتياع لا قسمة ويكون بيع مناقلة ا هـ سم قوله ومعلوم مما مر أي في قسمة الأجزاء من قوله ودار متفقة الأبنية إلخ ا هـ عناني وقوله غير أعيان بأن يقسم كل دكان دكانين أو أكثر قوله نحو بئر إلخ من هذا القبيل ما لو كان بينهما عبدان قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر خمسمائة فيقتسمان على أن من يأخذ النفيس يرد مائتين ا هـ عميرة ا هـ سم قوله وليس في الجانب الآخر ما يعادله فإن كان فيه ما يعادله فهي قسمة تعديل ا هـ ح ل قوله فيرد آخذه قسط قيمته وهذا النوع وهو قسمة الرد بيع لوجود حقيقته وهي مقابلة المال بالمال فتثبت أحكامه من نحو خيار وشفعة نعم لا تفتقر للفظ تمليك وقبول بل الرضا قائم مقامها ولهما الاتفاق على أن من يأخذ النفيس يرد وأن يحكما القرعة ليرد من خرج له ا هـ شرح م ر قوله لما قسم بتراض أي سواء كان الرضا شرطا فيه وهو قسمة الرد أو لا وهو غيرها ا هـ عناني وسلطان كبعض أنواع قسمة التعديل أي فيما إذا أمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده كما ذكره الشارح في قوله نعم إن أمكن قسمة الجيد إلخ وفي سم ما نصه ومحصل كلامه كما ترى أنه حيث جرت القسمة بالتراضي اشترط الرضا قبل خروج القرعة وبعدها سواء كانت تلك القسمة مما يدخله **الإجبار** كقسمة الإفراز أم لا كقسمة الرد بخلاف م ا إذا جرت **بالإجبار** لا يشترط فيها ذلك وكلامهم ناص على ذلك ا هـ قوله." (١)

"رضا بها أي بلفظ يدل عليه ا هـ شرح م ر قوله والنوع الأول إفراز وغيره بيع ولا يشترط لفظ في القسمة مطلقا ا هـ سم وعبارة شرح م ر وعند الرضا بالتفاوت في قسمة هي بيع قال الإمام لا بد من لفظ البيع لأن لفظ القسمة يدل على التساوي لكن نازعه البلقيني إذا جرى أمر ملزم وهو القبض بالإذن أي ويكون الزائد عند العلم كالموهوب المقبوض ولمستأجري أرض تناوبها وقسمتها وهل يدخلها **الإجبار** وجهان وقضية **الإجبار** في كراء العقب **الإجبار** هنا إلا أن يفرق بتعذر الاجتماع على كل جزء من أجزاء المسافة فتعينت القسمة إذ لا يمكن استيفاؤهما لمنفعة إلا بها بخلافها هنا وهو ظاهر ولو ملكا شجرا دون أرضه فالمتجه أنهما إن استحقا منفعتها على الدوام بنحو وقف لم يجبرا على القسمة أخذا مما مر عن الماوردي والروياني لأن استحقاق المنفعة الدائمة كملكها فلم تنقطع العلقة بينهما وإن لم يستحقاها كذلك أجبرا إن كانت إفرازا أو تعديلا ولا نظر لبقاء شركتهما في منفعة الأرض لأنها بصدد الانقضاء كما لا تضر شركتهما في نحو الثمر مما لا تمكن قسمته ويأتي في قسمتهما المنفعة الوجهان المقدمان انتهت قوله قالوا

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ١٠/٧٣٨

لأنها لو كانت إلخ يشير بهذا التبري إلى منع الملازمتين في قوله لما دخلها الإجبار إلخ وسند منع الأولى قوله يأتي وإنما دخلها الإجبار للحاجة ا هـ شيخنا وأيضا سند المنع لهما أن التعديل والرد بيع مع دخول القرعة والإجبار فيهما وعبارة الشوبري قوله قالوا لأنها لو كانت بيعا إلخ فيه إشارة إلى التوقف فيه ولعل وجهه أنه لا منافاة بين البيع والإجبار بدليل إجبار الحاكم المديون الممتنع عن البيع وأيضا يرد عليه قسمة التعديل فليتأمل انتهت قوله وقيل هو بيع أي شراء وفي كلام حج أن هذا القيل وجيه في المعنى والأول هو المعتمد ا هـ ح ل قوله قالوا لأنه لما انفرد كل إلخ كان وجه التبري أن هذا الدليل لا ينتج المدعى لأن المدعى أنه بيع وقد قال في الدليل كأنه باع إلخ ا هـ شيخنا قوله." (١)

"لو ثبت بحجة أي بإقرار أو علم قاض أو يمين رد أو شاهدين ذكرين عدلين دون شاهد ويمين أو رجل وامرأتين ا هـ ح ل وعبارة العناني قوله أعم من قوله ببينة أي لشموله الإقرار الحقيقي أو الحكمي وإن كان لا يكفي هنا الرجل والمرأتان ولا الرجل واليمين وفي الروض الاكتفاء بذلك انتهت قوله أيضا ولو ثبت بحجة إلخ وطريقه في هذا أن يحضر قاسمين صادقين لينظرا ويمسحا ويعرفا الحال ويشهدا به كذا قاله الأئمة لكن في روضة شريح يجوز أن تكون شاهدا وامرأتين أو شاهدا ويمينا لأنه مال واعترض ابن الرفعة التعبير بشهادة الاثنين قال فإن الإمام قد صرح بأنها تنقض سواء تولى القسمة أولا واحد أو اثنان قال ابن الرفعة رحمه الله فإذا تولاها اثنان باجتهاد في التقويم فكيف تنقض بقول مثلهما والمشهود به مجتهد فيه نعم إن كان القاسم واحدا اتجه ا هـ عميرة ا هـ سم قوله أو حيف أي وإن قل ا هـ ح ل قوله في قسمة إجبار قد علمت أن الإجبار لا يأتي إلا في التعديل والإفراز وقوله أو قسمة تراض التراضي يجري في كل من الثلاث وقوله وهي بالأجزاء قيد في قوله أو قسمة تراض فيخرج به التعديل والرد مع التراضي فلا نقض فيهما كما يأتي في الشارح قوله وليس سواء أي وليس البعض سواء في حصة كل من الشريكين وقوله بأن اختص إلخ كعشرين شاة اقتسمها زيد وعمرو لكل منهما عشرة فخرج من نصيب زيد واحدة مستحقة وقوله أو أصاب منه أكثر بأن." (٢)

" قوله ويستحب لمن لا شعر برأسه إلخ قال الأذرعي الظاهر أن هذا للرجل دون الأنثى والخنثى لأن الحلق ليس بمشروع لهما قوله فإنه كما يستحب الحلق في الجميع يستحب إمرار الموسى عليه إلخ أشار إلى تصحيحه وكتب عليه قال ابن العماد هذا القياس باطل لثلاثة أوجه أحدها أنه يؤدي إلى الجمع بين

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٧٣٩/١٠

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٧٤٠/١٠

الأصل والبدل وهو ممتنع كالتيمم بعد الوضوء الثاني أن العلة في الاستحباب هي التشبيه بالحالقين ومن على رأسه بعض الشعر من جملة الحالقين فكيف يؤمر بالتشبه وهو حالق الثالث أن يلزم على قياس ما ذكر أنه لو اقتصر على التقصير أن يمر الموسى على بقية شعر رأسه هذه وساوس ولا أصل لها قوله والوجه أن لا يقيد بما يزال للفطرة أشار إلى تصحيحه قوله لعدم اشتمال الإحرام عليه المراد باشتمال الإحرام عليه كونه على رأسه وهو محرم

قوله وهو للمرأة أفضل من الحلق بل يكره لها على الأصح وقيد في المهمات الكراهة بثلاثة شروط أحدها أن تكون المرأة كبيرة وقال المتجه في صغيرة لم تنته إلى سن يترك فيه شعرها أنها كالرجل في استحباب الحلق الثاني أن تكون حرة فالأمة إن منعها السيد من الحلق حرم وكذا إن لم يمنع ولم يأذن على المتجه الثالث أن تكون خلية عن زوج فالمتزوجة إن منعها الزوج الحلق احتمل الجزم بامتناعه لأن فيه تشويها واحتمل تخريجه على الخلاف في إجبارها على ما يتوقف عليه كمال الاستمتاع والأصح **الإجبار** وفي التحريم عليها عند منع الولد نظر والأوجه إثباته

ا هـ

قوله وقال في صغيرة إلخ قال في التوسط وهذا غلط صريح لعلة التشبيه وليس الحلق بمشروع للنساء مطلقا بالنص والإجماع ا هـ وينبغي أن يستثنى من تغليطه

الإسنوي حلق رأس الصغيرة يوم سابع ولادتها للتصديق بزنته فإنه يستحب كما صرحوا به في باب العقيقة واستثنى بعضهم من كراهة الحلق للمرأة صورتين إحداهما إذا كان برأسهما أذى لا يمكن زواله إلا بالحلق كمعالجة حب أو نحوه الثانية إذا حلق رأسها ليخفي كونها امرأة خوفا على نفسها من الزنا أو نحوه قوله فالتقصير له أفضل إلخ أشار إلى تصحيحه قوله ويكون ذلك مستثنى من كلام الشافعي فقال في الخادم يؤخذ من هذه النص أن النسك يتعلق بالشعر الحادث على الرأس بين الإحرام والتحلل وهو مخالف لما قاله الرافعي إنه إذا لم يكن على رأسه شعر لا يؤمر بالحلق بعد النبات لأن النسك حلق شعر يشتمل عليه الإحرام فإذا لم يكن على رأسه شعر لم يؤمر بهذا النسك ا هـ وقال في شرح المهذب فيمن لا شعر برأسه وقت الإحرام إنه لا يؤمر بحلقه بعد نباته بلا خلاف قال الإمام لأن النسك هو حلق شعر يشتمل عليه الإحرام

ا هـ

". (١)

" قوله لكن رأيت في الأم إلخ اعترض بأنه ليس في كلام الأم تصريح بأنه يحرم عن البالغ ولا يمكن القول به فإن البالغ العاقل حرا كان أو عبدا لا يدخل في صلاة وصوم واعتكاف وحج إلا بنية منه اتفاقا وأيضا لا يجب على العبد طاعة سيده في تعاطي العبادة الشاقة في الصيام وقيام الليل وحج التطوع وغير ذلك فيجب حمل قوله في الأم وإن أذن له في الحج على البالغ وقوله أو أحجه على الصغير قوله والأوجه ليتفق الكلامان إلخ أشار إلى تصحيحه وكتب عليه قال في الكفاية والقياس أن يكون كتزويجه قال ابن الملقن الفرق لائح فإن الحج فيه ثواب وتمرين على العبادة من غير لزوم مال ولهذا جوزناه للوصي والحاكم بخلاف الإجبار على التزويج قوله قال الإسنوي والمتجه الجزم إلخ أشار إلى تصحيحه

قوله وقضيته أنه لا يشترط طهارة الحدث إلخ هل يشترط وضوء غير المميز للطواف وجهان في الكفاية وجه المنع أن من لا تمييز له لا يصح وضوءه فوضوء الولي هو المعتبر وعبارة الدميري ويشترط إذا طاف به أن يكونا متطهرين مستوري العورة

ا هـ

وقال الزركشي في قواعده وقد تدخل النيابة في الوضوء بالنسبة للولي في حق الطفل الذي لا يميز إذا طاف به فإنه يحرم عنه ويتوضأ عنه لكن لو أحدث الصبي في أثناء الطواف لم يجب على الولي التجديد وقوله ويشترط إذا طاف به إلخ أشار إلى تصحيحه قوله وكأنه اغتفر صحة وضوء غير المميز هنا للضرورة وينوي الولي عنه

قوله والفدية التي تجب في النسك كفدية محرم الإحرام أو الحرم والتمتع والقران والفوات وفدية المجاوزة

قوله فإن أفاق وأحرم وأتى بالأركان شمل الحلق قوله شرط لسقوط زيادة النفقة إلخ أشار إلى تصحيحه قوله وقع عن حجة الإسلام إلخ في الشرح والروضة وإنما يقع عن فرض الإسلام إذا أفاق عند الإحرام والوقوف والطواف والسعي

". (٢)

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤٩١/١

(٢) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٥٠٣/١

" وإنما يقتضي وفاء الدين من الثمن إن كان حالا قوله فلو أذن للمرتهن في بيعه إلخ في بعض النسخ فلو أذن للمرتهن في الصورة الأولى قوله أو لم يأذن له أشار إلى تصحيحه وكتب عليه ولم تمكن مراجعته قوله وقواه النووي حيث قال قوي أو متعين قوله بل يباع وجوبا إلخ بعد القبض وقبله يكون برضاهما أو رضى الراهن والمرض المخوف في العبد ملحق بما يسرع فساده في **الإجبار** على بيعه وجعل ثمنه رهنا قال الإمام وسائر الحيوان كالعبد ولينظر فيما لو قال الراهن أنا أبذل قيمة هذا العبد لتكون رهنا مكانه ولا أبيعه هل يجاب الأقرب نعم فصل رهن المرتد إلخ قوله والمحارب أي المستحق قتله في قطع الطريق قوله صحيح كرهن الرقيق المريض المدنف قوله وبه صرح في المحرر والمنهاج ولا يكون برهنه ملتزما لفدائه لأنه ليس بمنقص لعينه ولا لقيمته بخلاف تزويجه للجانية قوله في كون ذلك عيبا في الحال أشار إلى تصحيحه وكتب جزم في الأنوار بأنه ليس بعيب ورجح السبكي والأذرعي كونه عيبا وهو الأصح قوله والآخر ينظر إلى الحال فلا يثبته أشار إلى تصحيحه قوله وقيل يبطل قال في المطلب ويشبه جريان ذلك بعينه في البيع أيضا

ا هـ

وقال البغوي في فتاويه ينبغي أن يقال لا يصير السيد مختارا للفداء لأنه حين باعه لم يكن المال معينا بل ينفسخ البيع ويباع في الجناية

ا هـ

فلو حفر عبد بئرا عدوانا فتردى فيها إنسان وتعلق الضمان برقبته ففي تبين فساد الرهن وجهان مستندهما استناد التعلق إلى أول السبب فلا يصح رهنه أو لا يكون الرهن صحيحا ويقدم حق المجني عليه على حق المرتهن والراجح الثاني ولهذا لو حفر ذمي بئرا عدوانا ثم أسلم فتردى فيها إنسان وجبت ديته في ماله قوله فرع قال الروياني لو جنى عبد إلخ أشار إلى تصحيحه قوله لم يلحقوه به مطلقا لا فرق بين المدبر والمعلق عتقه بصفة قد توجد قبل التمكن من بيعه وإن كان الدين حالا قوله كما قاله ابن أبي عصرون أي وغيره وهو واضح قوله وهو ما صححه البغوي إلخ أشار إلى تصحيحه

". (١)

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٢/١٤٧

" قوله كمودع ومستأجر إلخ ووكيل وعامل القراض والمساقاة قوله لا إلى الملتقط إلخ لأنه لم يردها إلى مالكها ولا إلى نائبه قال البلقيني وغيره ينبغي أن يقيد هذا بما قبل التملك أما بعده فينبغي أن يبرأ حينئذ لأنه ردها إلى مالكها وينبغي على مقتضى ذلك أنه إذا ظهر مالكها يعود الضمان كما ذكر نظيره في الوكيل يتعدى ثم يبيع ثم يرد عليه المبيع بعيب قوله وقد جزم في الأنوار بأنه يبرأ أشار إلى تصحيحه قوله وحدوث عداوة بينه وبين أحدهما أي وطلب نقله قوله قال ابن الرفعة هذا إذا كان الرهن مشروطا في بيع تجعل صورة التنبيه في التنازع فيمن يضعانه عنده في الابتداء وصورة المسألة إذا تشاحا بعد أن طرأ على نائبهما شيء مما سبق كما أفاده كلام المصنف كأصله قال السبكي والذي يظهر أنه ليس للحاكم في المشاحة قبل القبض التسليم إلى عدل إلا برضاهما سواء أكان مشروطا في بيع أم لا وكيف يجبر والرهن لم يلزم قوله صرح به القاضي أي والإمام قوله إن له رفع الأمر إلى الحاكم أشار إلى تصحيحه قوله وإلا نقله إلى غيره وظاهره أن الحاكم ينقله إذا طلب أحدهما وتبين له عدم أهلية من هو بيده سواء أكان عدم أهليته طارئا أو مقارنا قوله قال الأذرعي وينبغي أن يحلف إلخ أشار إلى تصحيحه قوله قال الأذرعي والظاهر إلخ أشار إلى تصحيحه قوله أو دفعا لصيال أي إن عدل عما يندفع به إلى أعلى منه وإلا فلا ضمان فصل المرتهن مقدم قوله يجبر بالطلب الراهن إلخ ما الفرق بين هذه المسألة وبين نظيرها في التفليس حيث لا يجبره هناك بل يتولى البيع بنفسه قال بعض المعلقين على الحاوي لا فرق بين المسألتين وإنما ذكر الإجبار هنا وتولى البيع هناك وفرق جمال الدين الريمي بين البابين فقال الفرق بين الراهن والمفلس أن الراهن هو الحاجر على نفسه بالرهن وفي المفلس الحاجز الحاكم فيكون هو المتولي لذلك وصرح صاحب البهجة بأن الحاكم إن شاء أجبره وإن شاء باع بنفسه قال الناشري قد يفرق بين البابين بأن الحق منحصر في المرتهن وقد طلب ومال المفلس غير منحصر فيمن حضر من الغرماء لاحتمال غريم آخر فاحتاج أن يتولى الحاكم بنفسه من أجل ذلك قوله على البيع أو الإيفاء لو كان الوفاء من غيره أسرع وطلبه المرتهن وجب لأن تأخير الحق الواجب على الفور لا يجوز فقد قال السبكي الوجه حمل كلام الأصحاب على غير هذا قال الأذرعي وهو واضح متعين وكتب أيضا لو قال الراهن أريد أداء حقه من ثمن المرهون فليس للمرتهن أن يلزمه من جهة أخرى وإن كان قادرا وإذا بيع وأراد الراهن أداءه من غير ثمنه فله ذلك ولو أراد التصرف فيه قبل أدائه لم يكن له ذلك ولو شرط المرتهن أنه إذا حل الأجل لم يبعه أحد سواء بطل الرهن وكذا لو شرط أحدهما على الآخر أنه لا يبيعه إلا العدل أو الحاكم

". (١)

" قال الجرجاني في التحرير ويكفر السفيه في الظهار وفي اليمين بالصوم دون المال

فصل قوله يلي أمر الصبي ومن به جنون إلخ قضية تعبيره بالصبي والمجنون أنه لا ولاية للمذكورين على مال الأجنة وصرح به في الفرائض لكن بالنسبة إلى الحاكم قوله كولاية النكاح إنما لم يثبت بعدهما لباقي العصبة كالنكاح لقصور نظرهم في المال وكماله في النكاح قوله ثم القاضي أي العدل الأمين قوله إلا أن يكون الولد مسلما إذ لا يمكن أن يكون الصغير أو المجنون إلا مسلما نعم إن أسلم الأب أو الجد وابنه بالغ مستمر الحجر عليه كان وليه قوله فإن الكافر يلي مال ولده الكافر ولهذا تصح وصيته عليه إلى كافر قوله قاله الماوردي أي والروياني قال شيخنا الأوجه خلاف ما قالاه تنبيه قال السبكي قياس قول من قال في ولاية **الإجبار** في النكاح إن شرطهما عدم العداوة أن يطرد ذلك في ولاية المال وقد نقلا في باب الوصايا عن الروياني وآخرين أنه يشترط في الوصي عدم العداوة وقول السبكي قياس قول من قال إلخ قال الزركشي وهو ظاهر قوله أو خرابا للعقار أي بزيادة الماء أو نحوه قوله ويبنى لهما بالآجر قال في البيان هذا في البلدة التي يعز فيها وجود الحجارة فإن كان في بلد توجد فيها الحجارة كانت أولى من الآجر لأنها أكثر بقاء وأقل مؤنة وفي الشامل والبيان أن شرط جواز البناء أن لا يجد الولي عقارا يباع بأرخص من البناء وهو ظاهر واعتبر ابن الصباغ كونه بعد الفراغ مساويا لما أنفقه عليه قال الزركشي وكذلك إذا كانت أرض البلد ندية لا يثبت فيها إلا الحجر قوله والجص الواو فيه بمعنى أو

قوله إلا لثقل خراج قال القفال في الفتاوى إذا كان يستأصل بالخراج جاز بيعه بثمن تافه ولو درهما قوله ونحوهما كأن يكون بغير بلده ويحتاج إلى مؤنة في تجهيز من يجمع غلته فيبيعه ويشتري ببلده عقارا قوله أو لغبطة كزيادة الثمن إلخ قال الإسنوي ويظهر جواز بيعه بثمن مثله دفعا لرجوع الواهب إذا كان أصلا له وفي دخوله في الغبطة نظر ا هـ قال والدي والظاهر دخوله في الغبطة فإنها كما قاله الجوهري حسن الحال قال الإمام وضابط تلك الزيادة أن لا يستهين بها العقلاء بالنسبة إلى شرف العقار فس وقوله قال الإسنوي ويظهر إلخ أشار إلى تصحيحه قوله وجهان جاريان فيما لو ترك إيجاره مع القدرة إلخ

". (٢)

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ١٦٦/٢

(٢) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٢١١/٢

" قوله كذا نقله الأصل عن فتاوى القاضي ويظهر تعليله بأن إثبات خيار الفسخ لها بالإعسار ينافي الإجبار على نكاح المعسر فما زعمه الزركشي من أنه تفريع على المرجوح وهو اعتبار اليسار في الكفاءة ممنوع ا ش لأنه قاسه على تزويجها بغير كفء قوله وقال الزركشي هو مبني إلخ لو كان بناه على ذلك لكان من صور تزويجها بغير كفء لا أنه مقيس عليه قوله فالقصير والشيخ إلخ قال الروياني والشيخ لا يكون كفؤا للشابة والجاهل للعالمة قال صاحب الروضة وهو ضعيف قال في الأنوار وهذا التضعيف في الجاهل والعالمة ضعيف لأن علم الآباء إذا كان شرفا للأولاد فكيف بعلمهم ولأن الحرفة ترعى في الزوجة مع أنها لا توازي العلم وقد قطع بموافقة الروياني شارح مختصر الجويني وغيره قال شيخنا والمعتمد ما في الأنوار فصل قوله والكفاءة حق للمرأة والولي خرج بقوله الولي الفاسق فلا يعتبر إذنه في تزويج غير الكفء قوله فعلم أنه لا يصح النكاح بغير كفء برضاها ولو كانت سفيهة قوله وهذا قد يقتضيه كلام الروضة أشار إلى تصحيحه وكتب عليه وبه أفتيت وكتب أيضا حكى فيها طريقين أحدهما القطع بالصحة لأنهم رضوا به أولا والثاني على الخلاف لأنه عقد جديد قال تاج الدين السبكي والإسنوي والزركشي الغالب في المسألة ذات الطريقين أن يكون المصحح ما يوافق طريقة القطع

قوله إذ لا حق له الآن في التزويج يؤخذ من التعليل أن من لا ولاية له لفسق أو نحوه كالأبعد وكتب أيضا فإن قيل لم لا يجب رضا الأبعد من القرابة وإن لم يكن له الآن حق لما يلحقه من العار قلنا لأن القرابة تنتشر كثيرا فيشق اعتبارها ولا ضابط نقف عنده فقصر على الأقرب ولو كان للمرأة ولي أقرب إلا أنه صغير فزوجها الأبعد بغير كفء برضاها ففي بعض الحواشي أنه لا يصح لأن الصغر وإن نقل الولاية فلا ينقل الحق في الكفاءة بخلاف الولي الأبعد فإنه لم يثبت له ولاية ولا حق يقدر انتقاله وهذا نظر دقيق ويشهد لصحته ما ذكره الرافعي في كتاب الإقرار أنه لو خلف ابنين بالغ وصغير فأقر البالغ بابن للميت لم يثبت على الأصح مراعاة لحق الصغير وهذا نظيره ويمكن أن يقال بالصحة وثبوت الخيار للولد الصغير إذا بلغ كما لو زوج الولي الصغير بغير كفء فإنه يصح وله الخيار إذا بلغ وقد سبق والجامع عدم الرضا في الموضعين بل أولى لأنه إذا صح في حق نفسه ففي غيره أولى فس وقوله ويمكن أن يقال بالصحة كتب عليه الراجح الصحة

قوله ولو رضيت به والولي السلطان لم يزوجها به أفهم أنه يزوجها بمن صدقته على كفاءته لها وإن لم تثبت عنده

". (١)

" قوله بل يتقيد ذلك بموافقة المصلحة قال في المهمات والاستغراق لا ينافي المصلحة فقد يكون كسوبا أو المهر مؤجلا أو اتصاله بأهلها رفق قوله قال في المهمات والقياس في هذه إلخ ليس كما قال لاختلال إذن الولي قوله ولو عضله الولي وتعذرت مراجعة السلطان قال الجلال البلقيني لو كان الولي غائبا مسافة القصر فهل يزوج الحاكم لم نر من ذكره

والقياس يقتضي أن له ذلك كما ذكر في العضل قوله قال ابن الرفعة هذا إذا لم ينته إلى خوف العنت إلخ وجرى عليه جماعة قال شيخنا لكن ظاهر كلامهم يخالفه قوله كما نص عليه في الأم جمع في المطلب ست مقالات أصحها لا يجب لها شيء حالا ولا مآلا علمت حجره أو جهلته لتسليطها على الإتلاف بالتمكين وهو نصه في المختصر ثانيهما أنه لا يلزمه شيء إلا بعد فك الحجر فيما بينه وبين الله تعالى مهر المثل سواء فيه حالتا العلم والجهل غ قوله فلو وطئها مكرهة أو نائمة أي أو مجنونة قوله وينبغي أن تكون المزوجة **بالإجبار** كذلك الفرق بينهما واضح قوله ولهذا لو قال سفيه لآخر اقطع يدي إلخ الفرق بينهما واضح فإن المحجور عليها بالسفه مالكة لأمرها بالنسبة إلى بدنها ولا كذلك بدل بضعها فإنه محل تصرف الولي ونظره قوله سرى بجارية الصواب حذف الباء كما قاله النووي في تحريره قوله والأوجه من وجهيه الأول أشار إلى تصحيحه قوله ثم ظاهر كلامهم أنه لا يسري ابتداء الظاهر جوازه وأنه إنما أريد بالتقييد بكثرة الطلاق تعين التسري ع اعلم أن مسألة التسري للسفيه في هذه الحالة من أكبر دليل على أن المسألة السريجية المذكورة في دور الطلاق لا معنى لها ولا لتعليمها ولا ينبغي أن تفعل إذا لو كانت معمولا بها لقال الأصحاب هنا يعلمه صيغة مسألة الدور ولا يهلك ماله بالتسري وأيضا فإن إثبات مسألة الدور حكمها يؤدي إلى نسخ آية من كتاب الله تعالى وهي قوله تعالى الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان والثالثة قوله أو تسريح بإحسان وذلك لا يجوز وهذا قلته تفقها وبحثا فإن كان صوابا فالحمد لله وإن كان خطأ فأستغفر الله قاله صاحب التفقيه قوله إلى الأب ثم الجد أي والقيم قوله قضيته أن الوصي لا يزوجه أشار إلى تصحيحه وكتب عليه هذا إذا بلغ سفيها أما إذا

". (٢)

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٣/١٣٩

(٢) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٣/١٤٥

" قوله فإن كانتا أمتين لسيد لم يفسد إلخ أو زوج بنته وأمتها بإذنها له في ذلك من عبد بمهر واحد قوله فالأول أن يأذن لعبده في نكاح حرة والصداق رقبته فيبطل النكاح قال البلقيني التحقيق صحة النكاح والصداق ثم ينفسخ النكاح كما في قوله إن بعتك فأنت حر جزما وكما في إن راجعتك فأنت طالق على الأصح وفائدته في التعليقات ونحوها ا هـ التحقيق ما قاله الأصحاب من عدم صحتهما لاقتران العقد بما ينافيه ولأنه إذا اجتمع المقتضى والمانع قدم المانع ولم يقترن بالبيع والرجعة ما ينافيهما لأن إعتاق البائع المبيع في خيار المجلس نافذ وطلاق الرجعية واقع قوله لأنها الواجبة دونه ليس كذلك قوله وكذا لو جعل أحد أبويها صداقا لها قال شيخنا لعل وجهه أنه لما كان لها علقة في المهر بالجملة وإن لم تملكه نظرنا إلى جهتها وإن كان الملك للسيد فلا ينافي ما يأتي في الاختلاف من أنه لو قال لها أصدقتك أباك فقالت بل أمي أو عكسه

قوله ومتى تبرع عن ابنه الصغير أي أو نحوه قوله عاد النصف أو الثمن إلى الابن سئل البلقيني عما إذا أصدق الأب عن ابنه الصغير قدرا في ذمة الأب ثم بلغ الابن وطلق قبل الدخول وقبل نقد الصداق ما حكمه فأجاب تستحق الزوجة على الأب النصف والذي يقتضيه الفقه أن الابن يستحق على أبيه النصف الباقي وقد صرح الماوردي بنظير ذلك في التفريع على القديم إذا قلنا أن الأب يكون متحملا لا ضامنا وهذا من الدقائق اللطيفة ومقتضاه أن لو فسخت بعيبه لم يسقط الصداق عن الأب بل يكون جميعه مستحقا للابن ا هـ وقد صرح البغوي والخوارزمي في مسألة الفسخ بأن الكل للولد لكن في كلامهما ما يشعر بأن ذلك بعد الدفع وليس بشرط لما تقرر قوله بأن زوج المجبرة بالإجبار بأقل من مهر المثل لو زوجها بمهر مثلها مع وجود راغب بأكثر منه صح النكاح ولا اعتراض عليه قاله الإمام قال الأذرعي وهو الوجه إذا رأى ذلك مصلحة تزيد على مصلحة الزيادة المبذولة

وقوله قال الأذرعي وهو الوجه إلخ أشار إلى تصحيحه قوله أو المجنون أي أو المحجور عليه بسفه قوله وصح النكاح بمهر المثل أي إن لم يستغرق مهر مثلها ماله وإلا فلا يصح النكاح قوله وبهذا قطع الغزالي إلخ وصاحب الذخائر والترغيب وقال العماد بن يونس في شرح التعجيز أنه الأصح لأنه يدخل في ملك الابن تبعا لا مقصودا وقال ابن أبي الدم أنه الأظهر فإنه لو أوصى للطفل بقريبه الذي يعتق عليه حيث لا تجب النفقة عليه جاز له القبول فإذا قيل عتق عليه ولا نظر لتوقع النفقة في ثاني الحال

." (١)

" فجاز للقاسم الاعتياض عنها قال البلقيني يستثنى ما إذا طلب من منصوب القاضي القسمة فقسم من غير تسمية أجرة فلا أجرة له في الأصح كما عرف ذلك في الإجارة في دفع ثوب إلى قصار ونحوه وذكر الماوردي في الحاوي فيما إذا لم يجر للأجرة ذكر إن أمر بها الحاكم وجب للقاسم أجرة مثله وإلا ففيه الخلاف في مسألة القصار قال البلقيني والأرجح عندنا أنه لا أجرة له في هذه الحالة خلافا للماوردي وقد أطلق الروياني في الكافي الخلاف من غير تقييد بما ذكره الماوردي قال البلقيني ولو جرى ذكر الأجرة من بعضهم دون بعض لزم الذاكر ما خصه ويخرج في حق غيره على الخلاف ولم أر من تعرض لذلك قوله والفوراني على جهة الكراهة هو الأصح بل تقدم في آداب القضاء أنه يندب عدم التعيين قوله ولا بد أن يكون سميعا بصيرا أي ناطقا وعبارة الترغيب ومن كان من جهة القاضي يشترط فيه صفات القضاة وزيادة علم الحساب وكيفية القسمة قوله وبه صرح الإسنوي إلخ وقال الأذرعي هو الأقرب إلى كلام الجمهور قوله والفوراني على جهة الكراهة أشار إلى تصحيحه وكتب على قوله والأوجه الأول ما نصه قدم الشارح في الباب الثاني في جامع آداب القضاء أنه لا يندب تعيينه في هذه الحالة قوله والأول أوجه أشار إلى تصحيحه آخرا قوله إذا لم يكن في القسمة تقويم أي وإن كان فيها خرص أو كان فيها مال صبي أو مجنون قوله فإن كان فيها تقويم فلا بد من اثنين هذا في مأذون الحاكم أما القسمة الجارية بإذن الشركاء دون إذن الحاكم فيحملون في العدد على ما اتفقوا عليه من واحد أو اثنين صرح به الماوردي والروياني قال ولا يقبل الحاكم قول هذا القاسم لأنه ليس بنائب عنه ولا يسمع شهادته لأنه شاهد على فعل نفسه وظاهر أنه لا يشترط التعرض للفظ الشهادة لأنها ليست شهادة محققة وإنما هي إخبار عن فعله وبه صرح الماوردي والروياني قال في البحر وقيل فيه وجهان وليس بشيء قوله فيعمل فيه بقول عدلين أو بعلمه قوله أجرة القاسم على قدر الحصص إن تعذر القاسم قسم المسمى في الإجارة الصحيحة على الرءوس أو بالعمل ففي الفاسدة وجهان أصحهما أولهما إذ العمل مجهول فلا يوزع عليه فرع لو طلبوا من القاضي أن يقسم بينهم جاز له طلب الأجرة لأن عليه أن يحكم لا أن يقسم قوله لا على عدد رءوسهم لأنه قد يقل سهم أحدهما كسهم من مائة فلو ألزم نصف الأجرة لجاز أن يستوعب قيمة ملكه وهذا مدفوع في العقول ألا ترى أنه لو استأجرا راعيا ليرعى لهما مائة شاة بينهما ولأحدهما عشرها فإن الأجرة تكون على الأنصباء قوله وترتبوا هو جري على الغالب قوله أو لم يترتبوا فيما يظهر أشار إلى تصحيحه قوله وجزم به في الأنوار والحاوي الصغير وفروعه

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٢٠٦/٣

وقال البلقيني إنه الأرجح وقد ذكر القاضي أبو الطيب ما صوره الإمام قال ولا يخالفه ما في الطلب عن الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم من إطلاق الجواز فإنه محمول على ما إذا استأجروه دفعة واحدة أو انفرد واحد بالاستئجار في حصة نفسه بإذن الباقين أو على صورة **الإجبار** وفي البحر لو قال أجرت نفسي منك لإفراز نصيبك وهو النصف من هذه الدار على كذا صح إن رضي الباقون بالقسمة أو كانت بحيث لا تحتاج إلى رضاهم فأما حيث تحتاج إلى الرضا ولم

". (١)

" يرضوا بعد فعقده فاسد قوله وتجب الأجرة في مال الصبي إلخ قال البلقيني وأما الغائب فتجعل الأجرة المختصة بنصيبه في ماله وإن لم تكن له فيه غبطة قال ويحتمل أن يقول للطالب إن قمت بالأجرة قسمت لك وإلا فلا قال أبو زرعة ويقسم القاضي على الغائب في قسمة **الإجبار** وصرح به في أصل الروضة في الشفعة قال البلقيني وإن كان الشريك في ذلك بيت المال قسم وجعل الأجرة المختصة بنصيبه على بيت المال قال وأما قسمة الوقف عن الطلق حيث أجبرنا عليها وكان على الوقف ضرر في ذلك فالأرجح أنها من الوقف كما في الصغير والمجنون قال ولم أر من تعرض لذلك وقوله فتجعل الأجرة إلخ أشار إلى تصحيحه وكذا قوله فالأرجح أنها من الوقف فصل قوله يمنعون من قسمة عين تتلف كجوهرة لو كان لهم غرض صحيح في كسرها ليستعملوها في دواء أو كحل لم يمنعوا قطعا قوله وعليه اعتمد العراقي عبارته وقول التنبيه كالجواهر أحسن من قول المنهاج كجوهرة وثوب نفيسين لاقتضائه تخصيص المنع من قسمة الجواهر بما إذا كانت نفيسة وليس كذلك فلو كانت جوهرة غير نفيسة من بلور أو زجاج لم يجبر القاضي على قسمتها قال البلقيني ممن صرح بالزجاج الفوراني في العمد وهو ظاهر لحصول الضرر من الجانبين

ا هـ

قوله بأن أمكن جعله حمامين قال البلقيني فلو أمكن جعل نصيب منه وهو الأكثر حماما دون الآخر فإن طلب صاحب الأكثر القسمة أجيب أو صاحب الأقل فلا ولم أر من تعرض لذلك وما ذكروه في عشر دار لا يصلح للسكنى شاهد له

ا هـ

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤/٣٣٠

قوله مع تيسر تدارك ما احتيج إليه من ذلك فإن لم يمكن إحداث ما احتيج إليه فلا إجبار قطعا قال في المطلب أخرجته من كلام الأصحاب قلت وهو متعين فقد يكون الحمام يلي وقفا أو شارعا أو ملكا لا يسمح ببيع شيء منه وقد صرح بذلك شريح في روضته فقال لو اقتسما دارا فلم يكن لأحدهما طريق ولم يقدر على طريق قال أصحابنا لا تصح القسمة وإن كان له حائط يقدر على فتح باب داره فيه جازت القسمة ر قوله فلصاحبه لا له طلب القسمة ويجبر عليها محل عدم الإجبار ما إذا لم يكن لصاحب العشر مكان يضمه إلى عشره فإن كان بحيث يصلح المجموع للسكنى أجيب إلى القسمة لانتفاء التعنت في طلبه ذكره البغوي في التهذيب وذكر الأذرعي ذلك ثم قال أولا يكون كذلك ولكنه ينتفع بنقض نصيبه بأن يبني به أو ببيعه لنفاسته وعدم نقص له بأن يقع في قيمته فإنه يجاب لفقد العلة المذكورة وشمل إجبار صاحب العشر بطلب صاحب التسعة أعشار ما إذا كانت لا تصلح للسكنى وأمكن ضمها إلى ما جاورها من ملكه بحيث إذا أضيفت إليه صلحت للسكنى فصل قوله القسمة الجائزة أنواع ثلاثة طريق الحصر أن المقسوم إما أن تتساوى الأنصباء منه من حيث الصورة والقيمة أو لا فإن تساوت فهي قسمة الإجزاء وإن لم تتساو فإما أن يحتاج في التسوية إلى إعطاء شيء غير المشترك من المتقاسمين أو لا فإن احتيج فهي قسمة الرد وإلا فهي قسمة التعديل قوله متفقة الأبنية المراد باتفاق الأبنية في الدار كما قاله الإمام أن يكون في شرقي الدار صفة وبيت وكذا في غربيها

---

(١) ".

" والعرصة يمكن تبعيضها فتشتمل كل حصة على ما تشتمل عليه الأخرى من الأبنية وقال الغزالي في البسيط فإن قيل قطع الأصحاب بالقول بالإجبار على قسمة الدور وأبنيتها مختلفة والعمارة فيها تتفاوت وذلك يزيد على ما بين العبيد والحيوان من التفاوت قلنا لعلهم أرادوا بذلك إذا كان في الجانب الشرقي بيت وصفة والجانب الغربي مثله من غير تفاوت والعرصة يمكن تبعيضها فيجبر على القسمة ولا يكون ذلك كدارين متماثلين متقابلتين في سكة فإن ذلك من قبيل التعديل فأما إذا اختلفت الأبنية والأغراض فيجب القطع بتخريجه على الخلاف في التعديل وإلا فلا فرق

ا هـ

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤/٣٣١

قوله ورجح الإمام والغزالي عدمه أشار إلى تصحيحه وكتب عليه ونقله الزركشي في الخادم عن صاحب البحر أيضا قوله ونقل الأصل في باب العتق إلخ قال شيخنا يمكن حمله على ما إذا أورث ريبة بمعرفة ذلك بسبب الاختلاف إذ قد يصير قرينة تبين بعضه عن بعض ويستدل بها على مطلوبه كا قوله أو نحوه كأن توضع بالأرض وتغطى بثوبه قوله لأنه لو عكس فقد يخرج الجزء الرابع إلخ أجاب عنه الإمام بأنه يمكن أن يتقرر بينهم قبل إخراج القرعة أنه إن خرج السهم الرابع لصاحب النصف كان له مع السهمين قبله أو السهمين بعده قوله قال الإسنوي وإعطاؤه ما قبله وما بعده تحكم قال شيخنا قد يقال ما ذكره الإسنوي هنا وفيما بعده غير مخالف لكلام الشيخين إذ كلامهما مثال لما لا يقتضي تفريق حصة كل واحد ويقاس به ما في معناه والمحذور إنما هو التفريق

". (١)

" المذكور كا قوله كما قاله الرافعي أيضا في نظائر له إلا أن يقال إذا علمنا الطريق الأول أخذ الجميع بالقسمة قوله إذ يقال له لم قلت إلخ فإن قبل راعى ما تمكن معه القرعة في الجميع وقدمه على ما يتعين بحسب الواقع قلنا قد سلك عكس ذلك عند خروج الخامس قوله لا سيما وهذه الطريق يؤدي إلخ كما ذكره هو عند خروج الثالث فصل تنقض قسمة **الإجبار** للغلط قوله وظاهر أن الشاهد والمرأتين إلخ أشار إلى تصحيحه قوله وإن صدقوه نقضت القسمة لو صدقه بعض الشركاء وأنكر بعض ولم يبين للقاضي غلطه فهل يغرم لمن صدقه وجهان أصحهما أنه يغرم له

". (٢)

" ملك المستحق وفي صحته في ملك الشريك المردود عليه عوض الزائد قولا تفريق الصفقة النوع الثاني في قسمة التعديل قوله فهذه قسمة **بالإجبار** استثنى البلقيني ما إذا كانت الشركة في أشجار نابتة في أرض مستأجرة بين الشريكين أو محتكرة وهما في المنفعة على نسبة حقهما في الملك وكانت الأشجار لا تقسم إلا بالتعديل قال فأفتيت بأنه لا إجبار حينئذ لأنه قد يؤدي إلى أن تقع أشجار أحد الشريكين في الأرض التي بينه وبين الآخر وذلك محذور

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٣٣٢/٤

(٢) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٣٣٣/٤

ا هـ

قوله أجبر عليها الممتنع لأنه لا يمكن قسمتها بلا ضرر إلا كذلك كالدار الواحدة فرع متى أمكنت قسمة التعديل والرد أجيب طالب قسمة التعديل قوله إلحاقا لذلك بما اختلفت قيمته لاختلاف صفته لو لم نقل بذلك لامتنع الإجبار في البستان المشتمل على الأشجار المختلفة وفي الدار المشتملة على الحيطان والأجذاع والأبواب وهو شأن البساتين والدور غالبا وينجر ذلك إلى أن لا تثبت فيها الشفعة كالطاحون والحمام ومعلوم أنه بعيد قوله فتقسم أعيانها إجبارا قال الجيلي محله إذا لم تنقض القيمة بالقسمة وإلا لم يجبر جزما قوله فلا إجبار قال البلقيني يستثنى من الدارين ما إذا كانت الدار لهما بملك القرية المشتملة عليها وشركتهما بالنصف وملكا قسمة القرية واقتضت القسمة نصفين جعل كل دار نصيبا فإنه يجبر على ذلك وهذا خارج من كلام الماوردي في صورة القرية

قوله وما ذكره هو مقتضى كلام الأصل احتجوا له بأنه صلى الله عليه وسلم جزأ العبيد الستة الذين أعتقهم الرجل في مرض موته ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم قال البندنيجي وهذا ما نص عليه وعليه أكثر أصحابنا قوله فلا إجبار في قسمتها شمل عدم الإجبار عند اختلاف النوع ما إذا لم تختلف منافعه قيمة

". (١)

" قوله قال الأذرعي وفيه نظر إلخ عبارته علل الشافعي في الأم منع الإجبار بأن أصل الحكم أن من ملك السفل ملك ما تحته وما فوقه من الهواء فإذا أعطى هذا سفلا لا هواء له وهذا علوا لا سفل له فقد أعطى كلا منهما على غير أصل ما يملك الناس أي ووضع القسمة التمييز وقد أجمع الأصحاب فيما أعلم على ذلك ولم يخرجوه على الخلاف في قسمة التعديل وقول الرافعي ويجوز أن يقال إلخ فيه نظر لأن قسمة التعديل في غير هذه الصورة تقطع العلق بينهما واعتراض أحدهما على الآخر وهو المقصود الأعظم من القسمة وما نحن فيه لو أجبرنا عليه لم تنقطع العلق والاعتراضات بينهما إذ لو أراد صاحب العلو أن يبني على علوه لاعترض عليه صاحب السفل بأن ما تحدثه يثقل بنائي وبغلته وكذا لو أراد أن يضع على أرض العلو شيئا ثقيلا أو يتد فيه وتدا لنازعه ومنعه ولو أراد صاحب السفل أن يحفر تحت بنائه اعترض عليه صاحب العلو بأن ذلك يضعف جدارك الحامل لعلوي وغير ذلك من الاعتراضات وفيما ذكره الشافعي رمز إلى الفرق أيضا

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤/٣٣٥

تنبيه قال الماوردي إذا كان بينها قرية ذات مساكن فطلب أحدهما أن يقسم جميع القرية وطلب الآخر أن يقسم كل مسكن منها قسمت القرية بينهما نصفين لكل منهما نصفها بما اشتمل عليه من مساكنه لأن القرية حاوية لمساكنها كالدار الجامعة لبيوتها ولا يجوز أن يقع **الإجبار** على بيت منها فكذلك القرية النوع الثالث قسمة الرد قوله وكل ما لا يمكن تعديله إلا برد فلا إجبار قضية كلام الرافعي أن الرد لا يتحقق إلا بدفع مال غير مشترك وكلام الإمام يأباه وهو الظاهر ر قوله وإن لم يحكما القرعة الأولى بالغاية وإن حكما القرعة ففي الحاوي أنهما لو تراضيا بالقرعة فيها ففي جواز الإقراع وجهان أصحهما لا يجوز لأنه بيع وليس في البيع إقراع والثاني يجوز الإقراع تغليبا لحكم القسمة واعتبارا بالمراضاة قوله وهي بيع قال البلقيني يستثنى منه القدر الذي لم يحصل في مقابله رد فإن الذي له منه بطريق الإشاعة لم يقع عليه بيع فإنه لو كان مبيعا لكان كل واحد منهما بائعا ملكه وملك غيره بملكه وملك غيره فيكون من تفريق الصفقة ولم يقله أحد وقد ذكر ذلك في أصل الروضة في قسمة الإجزاء تفريعا على أنها بيع ا هـ وحيث قلنا إنها بيع لا تفتقر إلى الإيجاب والقبول على الصحيح ويقوم الرضا مقامهما قوله كأنه باع ما كان له أي بعض ما كان له منه قوله ولما جاز الاعتماد على القرعة ولثبتت فيها الشفعة للشريك الثالث كما إذا تقاسم شريكان حصتهما وتركا حصته مع أحدهما برضاه قوله ومعنى كونها إفرازا إلخ كالمال الثابت في الذمة يتعين بالقبض وإن لم تكن العين المقبوضة دينا ولا يجعلها عوضا عن الدين إذ لو قدرنا ذلك لما صح قبض المسلم فيه من جهة امتناع الاعتياض عنه ولأنها لو كانت بيعا لثبتت فيها الشفعة للشريك الثالث كما إذا تقاسم شريكاه حصتهما وتركا حصته مع أحدهما برضاه قوله وهو قوي قال شيخنا بل هو الأوجه كا قوله قال ا لأذرعي وفي بعض نسخ الرافعي أي والروضة كالشرح الصغير

(١) ".

" لم أر فيه شيئا وإنما تكلموا في ذلك في القسمة بينهم بالتصادق كما سيأتي وهذا كله في الكاملين المطلقي التصرف أما لو كان أحد الشريكين محجورا عليه فلو تمانع الولي والشريك المطلق التصرف فالظاهر أن الحاكم يؤجر عليهما جزما إذا قلنا يؤجر على الرشيد من حيث لا يجد راغبا في استئجار نصيب المحجور عليه بمفرده ولو طلب الرشيد المهايأة ولا حظ للمحجور فيها لم يجز للولي إجابته على المذهب وكيف الحال إذا لم تمكن إجارة نصيبه بمفرده هذا موضع نظر ولم أر في ذلك جميعه شيئا فصل قوله

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٣٣٦/٤

ليس للقاضي قال شيخنا أي لا يجوز له نعم يظهر الجواز إذا قسم وبين مستند قسمته لانتفاء العلة حينئذ ولا يرد عليه ما في البهجة بقوله وباغيها أجب إلى آخره إذ ظاهره الوجوب في هذه الحالة وليس كذلك كا تنبيه قال الغزي مسألة تقع كثيرا وهي أن يخلف الميت أعيانا من قماش ونحاس وغيرهما وبعض الورثة غائب ويطلب الحاضر نصيبه وقد سئل ابن الصلاح عن مثل ذلك في خشب جاء أو إن قطعه وبعض الشركاء غائب فلا يباع نصيب الحاضر إلا إذا تمكن المشتري من قطعه وأجاب بأنه إن خيف من إبقائه في الأرض فوات شيء قطع بالحاكم لأن له ولاية حفظ مال الغائب ثم إن أمكنت قسمة الإجبار للمماثلة بأن تساوت أعيانه في القيمة أو لم تمكن بأن اختلفت قيمة أعيانه وأمكنت قسمة التعديل بأن تعدل الأعيان بالقيمة قسمه الحاكم عن الغائب مع ولي اليتيم إن كان يتيما وحفظ نصيب الغائب إن أمكن فإن لم يمكن حفظ نصيب الغائب من الخشب بيع كله وحفظ ثمنه فإن تعذرت قسمة الإجبار فيه لعدم تماثله وإمكان تعديله ووجدنا من يشتري نصيب الأيتام مشاعا بيع وحده بشرط أن يساوي ثمن مثله لو بيع مع الجميع وإلا فلا ويباع الجميع لأن هذا المشترك دائر بين أقسام كل واحد لا يخلو عن ضرر فتعين أهونها وقد اختلفوا في نظائره وهو ما لا إجبار في قسمته فقيل يجبر على المهايأة وقيل يعطل على الشركاء وهما ضعيفان وقيل يباع وهو ضعيف أيضا والصحيح أنه يؤجر على الشركاء والإجبار هنا متعذر وما ذكر قبلها فتعين فيه وفي أمثاله البيع

ا هـ

إذا عرف هذا فقد صرحوا بأن المشترك إذا كان أجناسا أو أنواعا لا إجبار فيه فمتى اشتملت التركة على مثل ذلك تعين البيع بطلب الحاضر فإن اشتملت على نوع واحد وتماثلت القيمة أو لم تتماثل وأمكن التعديل أجبر على قسمتها بشرط أن ترتفع الشركة عن الجميع فلو لم يمكن التعديل إلا بعين وبعض أخرى فلا إجبار ويتعين البيع قوله بحجتين بقسمة القاضي لأنها قسمة إجبار وفعل القاضي لها حكم والحكم بدون ثبوت الملك لا يتجه وكتب أيضا قال الماوردي لأن قسمة الحاكم إثبات لملكهما واليد توجب إثبات التصرف لا إثبات الملك قوله قال البلقيني وخرج من هذا أن القاضي إلخ أشار إلى تصحيحه قوله لأن المعنى الذي قيل هنا يأتي هناك فيه نظر فإن القسمة تتضمن إفراز نصيب كل واحد وصيرورته معينا بعد أن كان شائعا وقد لا يكون الطالبون مالكين لذلك فيكون تصرفا في ملك غيره بغير إذنه وأما الحكم بالصحة أو الموجب فإنما هو في تصرف صدر من غير الحاكم ورجع إليه فقد يحكم بصحته وقد يحكم بموجبه وعلى كل تقدير فلم يتصرف الحاكم في ملك غيره ع

." (١)

" ٣٨٦ كتاب الدعاوى والبينات قال الماوردي قيل إن أول دعوى وقعت في الأرض دعوى قابيل على هابيل أنه أحق بنكاح توأمته فتنازعا إلى آدم فأمرهما بما قصه الله علينا بقوله واتل عليهم نبأ ابني آدم فقتل قابيل هابيل فكان أول قتيلا في الأرض قوله اشترط الرفع إلى القاضي القاضي مثل فالمحكم كذلك والمنصوب للمظالم من جهة الإمام والوزير والمحتسب ونحوهم إذا تضمنت ولاياتهم ذلك والسيد يسمع الدعوى على رقيقه وفهم من تعبيره بالاشتراط أنه لو استوفاه بدون ذلك لم يقع الموقع وهو كذلك في حد القذف كما تقدم في بابه لكن يقع في القصاص الموقع فتحمل عبارته على أنه شرط للجواز ويستثنى من كلامه أمران أحدهما إذا قتل من لا وارث له أو قذف فلا تشترط فيه الدعوى عند قاض لأن الحق فيه للمسلمين فتقبل شهادة الحسبة ولا يحتاج لدعوى الحسبة بل في سماعها خلاف ثانيهما قتل قاطع الطريق الذي لم يتب قبل القدرة عليه لا تشترط فيه دعوى لأنه لا يتوقف على طلب قوله نعم قال الماوردي من وجب له تعزير إلخ أشار إلى تصحيحه وكتب عليه وقياس القصاص كذلك

قوله وقال ابن عبد السلام إلخ أشار إلى تصحيحه قوله وكذا من له عين عند غيره إلخ وليس لمن هي عنده حبسها عنه قال الأذرعي الظاهر أن هذا الكلام إنما هو في ذي اليد العادية ومن في حكمها أما لو كانت بيد أمين باذل لم يجز له أخذها بغير إذنه ولا علمه ولا دخول منزله لأجلها وإن لم يخف ضررا بل سبيله الطلب وكذلك المبيع إذا كان الثمن مؤجلا أو مقبوضا والبائع باذل له لما في ذلك من الأذى والإرغاب بظن الذهاب ألا تراهم بوبوا باب أخذ الحق ممن يمنعه

ا هـ

وقوله قال الأذرعي الظاهر إلخ أشار إلى تصحيحه وكتب أيضا ودخل في عموم قوله عين جلد الميتة والسرقين وكلب الصيد مما يثبت فيه الاختصاص إذا غصب ولا بينة لكن هل يجوز كسر الباب ونقب الجدار إذا تعين طريقا للوصول إليه والظاهر من كلام الأصحاب المنع لأنهم لم يتعرضوا إلا للمال

ا ث وقوله والظاهر من كلام الأصحاب المنع أشار إلى تصحيحه

قوله فتنة أو ضررا قوله بمعنى أنه يجب فيه الرفع إلى القاضي اعترضه البلقيني بأنه لا يحرم عليه أخذ عينه ممن هي في يده وإن خاف فتنة لا ينتهي الحال فيها إلى ارتكاب مفسدة مقتضية للتحريم وتعبيره

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٣٣٨/٤

يقتضي امتناع الأخذ بمجرد الخوف والظاهر أنه إن غلب على ظنه السلامة جاز والفتنة امتنع وإن استويا فاحتمالان والأشبه المنع تغليبا للمحذور ونظيره ركوب البحر لحج الفرض وتعين القاضي والظاهر أن له الرفع إلى من له إلزام الحقوق **والإجبار** وعليها من أمير ووزير ومحتسب ولا سيما إذا علم أن الحق لا يتخلص إلا عندهم ر قوله بخلاف ما إذا لم يخشها فله الاستقلال بأخذها صورة المسألة أن تكون العين تحت يد عادية ولهذا قال في الشرح الصغير أي عينا غصبت منه وكذا قاله في البسيط أما لو كانت في يد من ائتمنه كالوديعة أو اشتراها منه وبذل له الثمن

---

(١) ".

" قوله ويكفي متمول قال البلقيني هذا من الفضلات فإن إيتاء فلس على من كوتب على ألف درهم تبعد إرادته بالآية الكريمة قال أيضا لا يظهر منه ما يلزم الشريكين إذا كاتبا عبدهما ولم أر من تعرض لهذه المسألة والأرجح أنه يلزم كل واحد ما يلزم المنفرد بالكتابة ولو كاتب بعض عبد باقيه حر أو وصى بكتابة عبده فلم يخرج من الثلث إلا بعضه وكوتب ذلك البعض فإنه يلزم في ذلك ما يلزم في الكتابة الكاملة قطعا وأما الورثة فاللازم لهم ما كان يلزم مورثهم نص عليه

ا هـ

وظاهر أنه يعتبر كون المحطوط معلوما ولو كاتبه على بعيرين في نجمين وما أشبه ذلك ففيه إشكال لأنه لا سبيل إلى تكليف حط بعير كامل ولا دفعه بعد أخذه وفي تكليفه حط جزء منه أو دفعه من الضرر ما لا يخفى وتحصيل شقص عزيز وضرر الشركة بين فكيف الحال في مثل هذا وكيف يكون الإيتاء إذا كانت النجوم منافع غير نفسه غ ويقرب أن يقال يجزئه هنا الإيتاء من غير الجنس كما قيل في مواضع الضرورة في الزكاة من الحيوان وغيره قوله لأن عليه مثله فإن قيل فإذا كان مستحقا عليه فلم لا تحصل المقاصة ويعتق قلنا العتق معلق بالأداء ولم يحصل قوله حتى يفصل الأمر بينهما بطريقه بأن يلزم السيد بالإيتاء والمكاتب بالأداء ويحكم بالتقاص للمصلحة في ذلك فإن المنفي إنما هو التقاص بنفس اللزوم ع

قوله فلا يلزمه قبوله لأن له غرضا في امتناعه منه قال البلقيني من الأغراض أن الدين في ذمة المكاتب إذا كان نقدا لا زكاة فيه فإذا جاء به قبل المحل كان للمالك غرض في أن لا يأخذه لئلا تتعلق به الزكاة قال ولم يذكره الأصحاب والظاهر اعتباره وذكروا فيما إذا أتى المكاتب بمال فقال السيد هذا حرام ولا بينة أنه

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٣٨٦/٤

إذا خالف المكاتب أنه حلال أجبر السيد على أخذه أو الإبراء فإن أبى قبضه القاضي ولم يذكروا مثل ذلك هنا فيحتمل الفرق بحلول الحق هناك بخلافه هنا وقال البلقيني الأرجح في الصور كلها أنه لا يتعين **الإجبار** على القبض بل عليه أو على الإبراء أي أو الإعتاق إن كان في النجم الأخير

قال في التوشيح لا يتبين لي معنى قوله فإن أبى قبضه القاضي مع قوله إنه يجبر والفقه أن القاضي يتخير بين إجباره على القبض والقبض كما في الإكراه بحق ويقال يجبره فإن عجز أو لم يفد قبض له حينئذ وليس في الشرح والروضة ذكر قبض القاضي هنا وإنما ذكراه فيما إذا أتى بالنجم والسيد غائب وقوله فيما تقدم ولم يذكروا مثل ذلك هنا كتب عليه ذكروه بعده ر وقوله والفقه أن القاضي يتخير إلخ أشار إلى تصحيحه قوله ولما في قبوله من الضرر وقد قال صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار

قوله وليس للقاضي قبض دين الغائب قد نص في الأم أيضا على ذلك ونقل في المهمات لفظه ثم قال وهو يدل على أنه لو كان به رهن قبضه الحاكم وقال الفارقي محل الخلاف إذا كان المدين ثقة مليا وإلا فعلى الحاكم قبضه بلا خلاف

". (١)

"فإن قلت : لم لا نجبره ونلزم الآخر بالأجرة كما هو قياس مسائل ذكروها ؟ قلت : تلك ليست نظير مسألتنا لأنها ترجع إلى حفظ النفس تارة كمرضعة تعينت والمال أخرى كوديع تعين ، وما هو ؟ إنما هو إجبار لمحض عبادة وهي يغتفر فيها ما لا يغتفر فيهما .فإن قلت : عهدنا **الإجبار** بالأجرة للعبادة كتعليم الفاتحة بالأجرة ، قلت : يفرق بأن ذاك أمر يدوم نفعه بفعل قليل لا يتكرر ، بخلاف---ما هنا فإنه يلزم تكرر **الإجبار** بل دوامه ما بقيت الحياة وهذا أمر لا يطاق فلا يتجه إيجابه ، فإن رفعا للحاكم في شيء من ذلك أعرض عنهما إلى أن يصطلحا على شيء يتفقان عليه أخذا مما ذكروه أواخر العارية بل أولى فيتأمل ذلك فإنه مهم ا هـ حج في باب الفرائض قبيل فصل الحجب ، لكن نقل الإسنوي إلخ ضعيف (قوله : المصنف لم ينعقد إحرامه) فرع [شك بعد جميع أفعال الحج هل كان نوى أو لا ؟ ، فالقياس عدم صحته كما في الصلاة ، وفرق بعض الناس بأن قضاء الحج يشق لا أثر له بل هو وهم ا هـ سم على حج رحمه الله .." (٢)

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤٨٦/٤

(٢) حاشية الشبراملسي، ١٢١/١٤

"وقوله : إن كان جاهلا : أي واستمر جهله إلى القتل ، بخلاف ما إذا لم يستمر فإنه إن فسخ عند العلم فلا كلام وإلا لم يرجع وهو معنى قوله أو بعد إلخ ا هـ سم على حج (قوله : بالعفو عنه) أي مجانا (قوله : كان كذلك) أي كالمتعلق برقبته قصاص (قوله : فلو عفا) أي المجني عليه---(قوله : بغير إذن المجني عليه) متعلق ببيع المقدر في كلام المصنف : أي ولا يصح بيع الجاني المذكور بغير إذن المجني عليه كما أرشد إليه ما قبله في كلام المصنف من تقييده عدم الصحة في مسألة المرهون بغير الإذن ، لكن كان على الشارح أن يقدم مسألة السرقة على هذا كما صنع حج (قوله : فإن لم يرجع) أي وباع كما صرح به غيره إذ محل **الإجبار** إنما هو بعد البيع كما يعلم من شرح الروض كغيره ، ويدل عليه من كلام الشارح قوله الآتي فسخ البيع (قوله : أو تأخر غيبته) عبارة التحفة : أو تأخر لغيبته انتهت ، فالتأخر قسيم التعذر لا قسم منه قوله : فسخ البيع) أي لو كان باعه بعد اختياره الفداء (قوله : نعم إن أسقط الفسخ حقه) يعني المجني عليه---." (١)

"قد يورث نقصا في قيمته من حيث الجناية (قوله : أو ظهر عيب) عطف على لم يقبضه (قوله كولد للدابة المشروط رهنها) أي ؛ لأنه ربما يحتاج إلى البيع ، ويتعذر لحرمة التفريق بينها وبين ولدها (قوله : لا إن مات) أي بعد القبض فلا خيار (قوله : فمات) أي الذي تسلمه (قوله : وامتنع الراهن من تسليم الآخر) أي فلا خيار ؛ لأنا لو أثبتناه لقلنا له فسخ البيع ورد المرهون وهو غير مقدور على رده بموته ، وهل يجبر البائع على تسليم العين الأخرى أم لا ؟ فيه نظر ، ومقتضى تعليلهم عدم **الإجبار** بأن للبائع مندوحة عنه بالفسخ الأول لتعذر الفسخ عليه بسقوط الخيار قوله : بالرهن) فيثبت به الخيار .---.(قوله إن شرط له) أي ما ذكر---." (٢)

"نعم لو شرطه في بيع وأقبضه قبل التفرق أمكن فسخه بأن يفسخ البيع فيفسخ هو تبعا ، وضمان ووكالة وقرض وشركة وعارية ووقف وعتق وطلاق إذ لا يحتاج له فيه ولا في (الإبراء) لأنه لا معاوضة فيه (والنكاح) إذ المعاوضة فيه غير محضة (والهبة بلا ثواب) لانتفاء المعاوضة (وكذا) الهبة (ذات الثواب) لا يثبت الخيار فيها لأنها لا تسمى بيعا ، والمعتمد ثبوت الخيار فيها ولو قبل القبض لأنها بيع حقيقي (والشفعة) لأن الخيار فيما يثبت ملكه بالاختيار فلا معنى لإثباته فيما ملك بالقهر **والإجبار** (و) كذا (الإجارة) بسائر أنواعها على المعتمد لأنها لا تسمى بيعا ولفوات المنفعة بمضي الزمن فألزمنا العقد لئلا

(١) حاشية الشبراملسى، ١٥/٣٨٦

(٢) حاشية الشبراملسى، ١٦/١١١

يتلف جزء من المعقود عليه لا في مقابلة العوض ، ولأنها لكونها على معدوم وهو المنفعة عقد غرر والخيار غرر فلا يجتمعان ، ويفرق بين إجارة الذمة والسلم بأنه يسمى بيعا بخلافها ، وبأن المعقود عليه يتصور وجوده في الخارج غير فائت منه شيء بمضي الزمن فكان أقوى وأدفع للغرر منه في إجارة الذمة وبينها وبين البيع الوارد على المنفعة كحق الممر بأنه لما عقد بلفظ البيع أعطي حكمه ، ومن ثم لو عقد." (١)

"(قوله : لمعين) أي لمبيع معين (قوله أجبر البائع) أي وجوبا ا هـ سم قوله : ولاستقرار ملكه) أي البائع بمعنى أن ما في الذمة لا يتصور تلفه فلا يسقط بذلك ا هـ مؤلف (قوله : من هلاكه) أي الثمن (قوله : ونفوذ تصرفه) أي البائع (قوله : فيجبر البائع قطعا) أي وإن حل (قوله : ليتساويا) أي في تعين حق كل منهما (قوله : في البداءة إليه) أي الحاكم (قوله : فإن كان الثمن معينا كالمبيع) بقي ما إذا كان الثمن معينا والمبيع في الذمة ، فالقياس إجبار المشتري لأنه رضي بذمة البائع ، وإن كانا في الذمة قال حج : كانا كالمعينين : أي فيكون الأظهر إجبارها ، ولكن هذه الصورة والتي قبلها إنما يأتيان على ما اعتمده الشارح من أن المبيع إذا كان في الذمة وعقد عليه بلفظ البيع كان بيعا حقيقة فلا يشترط فيه قبض الثمن في المجلس : أما على ما جرى عليه الشيخ في منهجه من أنه بيع لفظا سلم معنى والأحكام تابعة للمعنى فلا يتأتى إجبار فيه لأن **الإجبار** إنما يكون بعد اللزوم ، وحيث قلنا هو سلم إذا جرى بلفظ البيع اشترط قبض رأس المال في المجلس ، ثم إن حصل قبضه في المجلس استمرت الصحة ولا يتأتى تنازع ولا إجبار لحصول." (٢)

"القبض ، وإن لم يتفرقا ولم يقبض لم يتأت **الإجبار** لعدم اللزوم ، ويصرح بما ذكر قوله الآتي وما قيل من أن اختلاف المسلم والمسلم إليه كذلك مردود إلخ (قوله : من الأقوال الثلاثة) عبارة حج من الأقوال الأربعة ، وعليها فمقابل الأظهر قوله وفي قول لا---إجبار ، وعلى كلام الشارح مقابل الأظهر قوله أجبر البائع ، وعبارة الشيخ عميرة قوله وأجبرا في الأظهر : أي فيكون القول الثالث جاريا وهو مقابل الأظهر ، هذا ما ظهر لي وهو المراد إن شاء الله تعالى وهو موافق لحج---.(قوله : ولاستقرار ملكه) أي : على الثمن فالضمير في قوله هلاكه وما بعده يرجع إليه أيضا .---أما لو باع نيابة عن غيره كوكيل وولي وناظر ، وقف وعامل قراض .." (٣)

---

(١) حاشية الشبراملسي، ٢٥٦/١٦

(٢) حاشية الشبراملسي، ٣٤٥/١٧

(٣) حاشية الشبراملسي، ٣٤٦/١٧

"لم يجبر على التسليم ، بل لا يجوز له حتى يقبض الثمن كما يعلم من كلامه في الوكالة ولا يتأتى هنا إلا إجبارهما أو إجبار المشتري ، ولو تبايع نائبان عن الغير لم يتأت إلا إجبارهما (وإذا سلم البائع أجبر المشتري) على التسليم في الحال (إن حضر الثمن) أي عينه إن تعين وإلا فنوعه مجلس العقد للزوم التسليم عليه بلا مانع ولإجباره عليه لم يتخير البائع وإن أصر على عدم التسليم إليه ، وفي الثانية **بالإجبار** عليه يصير عليه فيه فلا يصح تصرفه فيه بما يفوت حق البائع كما يؤخذ مما مر وإلا لم يكن للإجبار فائدة ، وظاهر كلام المصنف أنه يجبر على التسليم عن عين ما حضر ولا يمهل لإحضار ثمن فورا ودفعه منه ، وهو واضح إن ظهر للحاكم منه عناد أو تسويف وإلا ففيه نظر .." (١)

"نعم إن تمانعا وخاف كل صاحبه أجبرهما الحاكم كما هو واضح بالدفع له أو لعدل ثم يسلم كلا ماله (وإنما الأقوال) السابقة (إذا لم يخف) أي البائع (فوته) أي الثمن أو المشتري المبيع (وتنازعا في مجرد الابتداء) بالتسليم واختلاف المكري والمكتري في الابتداء بالتسليم كاختلاف المتبايعين هنا ، وما قيل من أن اختلاف المسلم والمسلم إليه كذلك مردود كما قاله الشيخ ، لأن **الإجبار** إنما يكون بعد اللزوم كما مر ، والسلم إنما يلزم به بعد قبض رأس المال والتفرق من المجلس ، ولو تبرع البائع للمشتري بالتسليم لم يكن له الحبس ، وكذا لو أعاره البائع للمشتري كأن أجر عينا ثم باعها لغيره ثم استأجرها من المستأجر وأعارها للمشتري قبل القبض كما قاله بعضهم ، وقال الزركشي : مرادهم من العارية نقل اليد كما قالوه في إعارة المرتهن الرهن للراهن وإلا فكيف يصح الإعارة من غير مالك ولو أودعه له فله استرداده ، إذ ليس في الإيداع تسليط بخلاف الإعارة ، وتلفه في يد المشتري بعد الإيداع كتلفه في يد البائع كما قاله القاضي أبو الطيب في الشفعة ، وله استرداده أيضا فيما لو خرج الثمن زيوفا كما---." (٢)

"قال بعضهم : ومما يوجد ممدودا والعامة تقصره النشاء مثل سلام ، وفي كلام بعضهم ما يقتضي أنه مقصور فإنه قال ليس بعربي ، فإن صح أن العرب تكلموا به فحمله على المقصور أولى لأنه لا زيادة فيه (قوله : والأوجه ما اقتضاه كلامهما) أي من عدم ثبوت الخيار في صورة العكس (قوله : أو اختار القلع) أي بأن رضي بها مع كونها مشتملة على الحجارة لكن طلب من البائع القلع (قوله : ولا يقاس بثبوته) أي الخيار (قوله : وإن وهبها) أي الحجارة يفيد أنه لا يلزمه القبول ا هـ سم (قوله : وفارق) أي **الإجبار** (قوله : بأن يعيد التراب) فلو تلف عليه الإتيان بمثله مر ا هـ سم على منهج ، والكلام في التراب الطاهر

---

(١) حاشية الشبراملسى، ٣٤٧/١٧

(٢) حاشية الشبراملسى، ٣٥٥/١٧

أما النجس كالرماد النجس والسرجين فلا يلزمه مثله لأنه ليس مالا (قوله : ولو لم يسوها) أي التراب المعاد إليها (قوله : لمدة ذلك) أي التسوية وإعادة التراب (قوله : ولا ضرر فيه) أفهم أنه إذا كان فيه ضرر لا يسقط خياره وهو ظاهر (قوله : وهو أعراض لا تمليك) تقدم مثله في الزرع حيث قال : ولا يملكه إلا بتمليك إلخ ، وسبقه إليها فيهما حج هنا ، لكن قال سم عليه ما نصه : قوله : وهو أعراض قال في شرح الإرشاد الصغير : ويظهر." (١)

"وأفهم اعتباره لغرض المؤدي عند عدم غرض المؤدى إليه أنه لو تعارض غرضاهما قدم الثاني ، ولو أصر على الامتناع بعد **الإجبار** أخذه الحاكم أمانة عنده له وبرئ المدين ، ولو كان المسلم غائبا فقياس ما ذكر أن يقبض له في حال غيبته كما قاله الزركشي .الشرح---(قوله : ويقبل قول المسلم) معتمد : أي ما لم يقل المسلم إليه أنا ذكيته كما يأتي (قوله ما لم يقل المسلم إليه أنا ذبحته) أي فإن قال ذلك أجبر الحاكم المسلم على قبوله ثم بعد ذلك انظر ماذا يفعله فيه هل يجوز له التصرف فيه بالبيع ونحوه عملا بحكم الحاكم وبالظاهر أو يعمل بظنه فلا يجوز له استعماله ولا التصرف فيه لأنه ميتة في ظنه ؟ فيه نظر ، والظاهر الثاني (قوله : أي أن قولهم إلخ) تأييد للمنع المفهوم من قوله إن سلم (قوله وهو) أي الفرق (قوله : إن سلم في مثل ذلك) نقل سم في حواشي شرح البهجة في باب الاجتهاد عند قول المصنف و ا حكم على ما غلبت إلخ عن الإسنوي أنا حيث قلنا بنجاستها حرم أكلها ، وإنما التردد في أنها هل تنجس ما أصابته أو لا واستوجه ثم عدم التنجيس مع القول بنجاسته .." (٢)

"ولو أحضر المسلم فيه الحال في مكان التسليم لغرض سوى البراءة أجبر المسلم على قبوله أو لغرضها أجبر عليه أو على الإبراء لأن امتناعه وقد وجد مكان التسليم وزمانه محض عناد فضيق عليه بطلب الإبراء ، بخلاف المؤجل والحال المحضر في غير محل التسليم ، ولا يختص **الإجبار** بما مر بل يجبر الدائن على قبول كل دين حال ، أو الإبراء عنه عند انتفاء غرضه وقد أحضره من هو عليه أو وارثه لا أجنبي عن حي بخلافه عن ميت لا تركة له فيما يظهر لمصلحة براءة ذمته ، وسيأتي أن الدين يجب بالطلب أداؤه فورا لكن يمهل المدين لما لا يخل بالفورية في الشفعة أخذا من مثلهم ما لم يخف هربه فبكفيل أو ملازم .الشرح." (٣)

---

(١) حاشية الشبراملسى، ١٧/٤٤٩

(٢) حاشية الشبراملسى، ١٩/٣

(٣) حاشية الشبراملسى، ١٩/٧

"والثاني لا يجبر عند الامتناع ، ولكن يبيع القاضي جزءا منه فيها بحسب الحاجة إلا أن تستغرق المؤنة الرهن قبل الأجل فيباع ويجعل ثمنه رهنا ، وعلى الأول لو غاب المالك أو أعسر فكما يأتي في هرب الجمال لا يقال قوله : ويجبر عليها إلخ حشو غير محتاج له بل يوهم أن الإيجاب متفق عليه وأن الخلاف إنما هو في **الإجبار** وليس كذلك ، ولو حذفه لكان أصوب .نعم لو حذف الواو من قوله ويجبر زال الإبهام خاصة .لأنا نمنع ذلك ، إذ كلام الروضة صريح في أن الخلاف في **الإجبار** وعدمه فقط ، والاختصاص الخلاف بهذا لم يفرعه على ما قبله ولم يغن عنه من حيث الخلاف ولا من حيث الحكم لأن رعاية حق المرتهن أوجبت عليه حق الملك وحق الله تعالى ، وقد قدمنا أن كون المؤنة على المالك مجمع عليه إلا ما حكي عن الحسن البصري وحينئذ فثبوت الواو متعين واستثناء المؤن المتعلقة بالمداواة كفصد وحجامة وتوديج دابة وهو بمنزلة الفصد في الآدمي ومعالجة بأدوية حيث لا تجب عليه من كلامهم غير صحيح لعدم تسميتها مؤنة فلم يتناولها كلامهم ، لكن سيأتي في النفقات أنه يجب على السيد أجرة الطبيب وثمن الأدوية وإن---." (١)

"ومقتضى ما يأتي عن السبكي أنه لا يمكنه الأخذ إلا بالرضا ، فحيث لم يرض به أو رده أو بدله للناذر بقي موجب النذر فيطالب به حتى يبرأ الناذر من الأصل ، والكلام كله حيث لم يقل وقت الدفع إنه عن النذر وإلا صدق الآخذ ، ويصرح به قوله : سواء اختلفا في نيته أو لفظه (قوله : ويملكه المديون) المناسب الدائن (قوله : بحيث يجبر على القبول) أي بأن كان المدفوع من جنس حقه ولا غرض له في الامتناع (قوله : وإلا) عكس ما ذكرناه (قوله : أن الصواب في الثانية) هي قوله : وأن لا (قوله : أنه لا يدخل) معتمد : أي ومع ذلك فالقول قول الدافع ، فعلى الآخذ رده إن بقي حيث لم يرض به وبدله إن تلف (قوله : وظاهر أن مثل ذلك) أي مثل ما ذكر من أنه لا يدخل في ملكه إلا برضاه (قوله : وقد يشمله كلام السبكي) لأن معنى قوله وأن لا صادق بما إذا كان عدم **الإجبار** لكون المدفوع من غير الجنس ولكونه أحضره بغير صفة الدين أو قبل وقت حلوله وللدائن غرض في الامتناع إلى غير ذلك (قوله : عدم التعرض) أي منه (قوله : لتقصير السيد بعدم التعيين) مقتضى ما تقدم عن السبكي أنه لا يدخل في ملك السيد إلا برضاه ، وعليه فلا." (٢)

---

(١) حاشية الشبراملسى، ٢٦٦/١٩

(٢) حاشية الشبراملسى، ٣٦٤/١٩

"وبقي ما لو اختلط بنفسه ، وينبغي أن يكون مثل ما لو خلطه المشتري (قوله : أو خلطها) أي المشتري ، ومثله ما لو خلطها أجنبي ، ولو كان البائع أو اختلطت بنفسها ؛ لأنه لو جوز له الرجوع لأضر بالمفلس كما يأتي (قوله : مع تضرر المفلس) أي إن أخذ قدر المخلوط كما هو الفرض ، وإن أخذ دونه من المخلوط بقدر المبيع فهو ربا ؛ لأن ما أخذه من الأجود من غير النوع وهو لا بد فيه من لفظ الاستبدال وهو عقد **والإجبار** على بيع الكل والتوزيع على القيمتين بعيد ؛ إذ لا ضرورة إليه ا هـ حج بتصرف (قوله : ولو كان المختلط إلخ) هذه الصورة خرجت بقول المتن خلطها بمثلها (قوله : فهو كالتالف) أي فيضارب---." (١)

"(قوله : كما اقتضاه إطلاق كلامه) في اقتضائه لذلك نظر .(قوله : بعمل عمرة) الصواب حذفه .---فصل فيمن يلي الصبي مع بيان كيفية تصرفه في ماله (ولي الصبي) أي الصغير ولو أنثى (أبوه) إجماعا (ثم جده) أبو أبيه وإن علا كولاية النكاح ؛ وإنما لم يثبت بعدهما لباقي العصبة كالنكاح لقصور نظرهم في المال وكماله في النكاح ، وتكفي عدالتهما الظاهرة لوفور شفقتهما ، فإن فسقا نزع الحاكم المال منهم كما ذكراه في باب الوصية وينعزلان بالفسق في أوجه الوجهين ، وعليه لو فسق بعد البيع وقبل اللزوم لم يبطل البيع في الأصح ويثبت الخيار لمن بعده من الأولياء ولا يعتبر إسلامهما ما لم يكن الولد مسلما إذ الكافر يلي ولده الكافر حيث كان عدلا في دينه ، والأوجه بقاء ولايته عليه وإن ترافعوا إلينا كالنكاح خلافا للماوردي والروياني .قال السبكي : وقياس قول من قال في ولاية **الإجبار** في النكاح : إن شرطهما عدم العداوة أن يطرد ذلك في ولاية المال .قال الزركشي : وهو ظاهر .وقد نقل في باب الوصايا عن الروياني وآخرين أنه يشترط في الوصي عدم العداوة .." (٢)

"الجذوع على حائط جاره المقابل فإنه لا يجوز إلا بالرضا قطعا كما قاله المتولي وغيره ؛ لأن هذا الجدار ليس بين مالكين بل بين مالك وشارع (فلو رضي) المالك بوضع جذوع أو بناء على جداره (بلا عوض) وقلنا بعدم **الإجبار** (فهو إعارة) لصدق حدها عليه ، ويستفيد---بها المستعير الوضع مرة واحدة حتى لو رفع جذوعه أو سقطت بنفسها أو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة لم يكن له الوضع ثانيا في

---

(١) حاشية الشبراملسى، ٥٠/٢٠

(٢) حاشية الشبراملسى، ١٥٢/٢٠

الأصح ؛ لأن الإذن إنما تناول مرة ولو وضع أحد مالكي الجدار جذوعه عليه بإذن شريكه ثم انهدم ذلك البناء ، ففي فتاوى القفال تجوز له إعادة الجذوع من غير إذن شريكه .." (١)

"(قوله : ولو أراد صاحب الحائط نقضه) أي : الجدار الذي لم يعلم أصل وضع الجذوع عليه (قول المصنف قبل البناء عليه) أي : على الجدار أو الموضوع عليه كما ذكره الشهاب حج ، ولا يضر على الأول كون الكلام في الجذوع قوله : لأن المطالبة بالقلع هنا إلخ) كان الأولى تأخير هذا عن القيل الآتي بتعليله ؛ لأنه جواب عنه---(ولو) (رضي بوضع الجذوع والبناء عليها بعوض) وقلنا بمنع الإجبار (فإن) (أجر رأس الجدار للبناء) عليه (فهو إجارة) كسائر الأعيان التي تستأجر للمنافع لكن لا يشترط فيها بيان المدة ؛ لأنه عقد يرد على المنفعة وتدعو الحاجة إلى دوامه فلم يشترط فيه التأقيت كالنكاح .قال الزركشي : نعم لو كانت الدار وقفا عليه مثلا وأجره فلا بد من بيان المدة قطعا ، ذكره القاضي حسين واعتمده الزركشي لامتناع شائبة البيع فيه (وإن قال بعته للبناء عليه أو بعت حق البناء عليه فالأصح أن هذا العقد فيه شوب بيع) لكونه مؤبدا (وإجارة) ؛ لأن المستحق به منفعة فقط ؛ إذ لا يملك المشتري فيها عينا ، ولو كان إجارة محضة لاشترط تأقيتها أو بيعا محضا لملك رأس الجدار صاحب الجذوع .." (٢)

"تم تصدير هذا الكتاب آليا بواسطة المكتبة الشاملة(اضغط هنا للانتقال إلى صفحة المكتبة الشاملة على الإنترنت)الكتاب : حاشية الشبراملسى ﴿ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ﴾مصدر الكتاب : موقع الإسلامhttp://www.al-islam.com[الكتاب مشكول ومرقم آليا غير موافق للمطبوع](وله أن يستند إليه ويسند متاعا لا يضر وله ذلك في جدار الأجنبي) وإن منع المالك من ذلك ؛ إذ المنع منه عناد محض ، وهو كالاستضاءة بسراج غيره والاستظلال بجداره ، وقوله : لا يضر من زيادته ولا بد منه (وليس له إجبار شريكه على العمارة في الجديد) لخبر ﴿ لا يحل مال امرئ مسلم ﴾ .وأما خبر ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ فمخصوص بغير هذا ؛ إذ الممتنع يتضرر أيضا بتكليفه العمارة ، والضرر لا يزال بالضرر ، ويجري ذلك في نهر وقناة وبئر مشتركة واتخاذ سترة بين سطحيهما ونحو ذلك كزراعة أرض مشتركة وكسقي نبات كما قاله القاضي وغيره ورجحه الأذرعي ، وقول الجوري : يلزم أن يسقي الأشجار اتفاقا ضعيف ، والقديم ونص عليه في الأم والبويطي في مسألة العلو الإجبار صيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل .قال الزركشي : وينبغي

---

(١) حاشية الشبراملسى، ٢٠/٢٨٢

(٢) حاشية الشبراملسى، ٢٠/٢٩٢

تقييد القولين بمطلق التصرف ، فلو كان لمحجور عليه ومصلحته في العمارة وجب على وليه الموافقة .." (١)

"(ولو كان لأحدهما عليه جذوع لم يزجج) ؛ لأن وضعها قد يكون بإعارة أو إجارة أو بيع أو قضاء قاض يرى الإجبار على الوضع فلا يترك المحقق بالمحتمل ، ولأن الجذوع كالأمتعة فيما لو تنازعا اثنان دارا بيدهما ولأحدهما أمتعة ، وعبر بالجذوع دون الجذع تبعا للمحرر لينص على خلاف أبي حنيفة فإن عنده الترجيح بالجمع دون الواحد ، وفي الجذعين اختلاف رواية عنه .قال الماوردي : وإذا تحالفا أقرت الجذوع بحالها لجواز وضعها بحق ، وإن لم يملك الحائط فلمالك الجدار قلع الجذوع بالأرش والإبقاء بالأجرة ، وهذا مفروض في الجدار المشترك حملا لذلك على أضعف السببين وهو العارية ، بخلاف ما إذا كان لأجنبي فإنه يحتمل أنه كذلك .نعم قياس ما تقرر أنا إذا حكمنا بأن ذلك لهما تعين إبقاؤها بالأجرة ، قاله الفوراني ، والأوجه أنه لا قلع ولا أجرة أخذا بإطلاقهم إبقاءها بحالها في تلك ، وفي كلام ابن الرفعة في العارية عن جمع متقدمين فيما لو جهل أو وضعت بحق لازم ما يدل له وأجراه في الأجنحة المطلقة في ملك الغير في القنوات المدفونة تحت الأملاك .قال : وبه صرح العز بن عبد السلام في قواعده والجلال البلقيني .." (٢)

"ثم رأيت في حج بعد قوله اللزوم بناء على الأصح من لحوق الحط والزيادة في زمن الخيار ا هـ (قوله : بين أن يعجل الثمن ويأخذ في الحال) ومحله أخذا من كلام الأذرعي وغيره ما لم يكن على المشتري ضرر في قبوله لنحو نهب ، وإلا لم يجب الشفيع ا هـ حج .وهذه تستفاد من قول الشارح الآتي : فإن اختار الصبر على الأول إلخ ، إذ لا فرق بين عدم الإجبار حيث كان ثم نهب ، وقد اختار الأخذ حالا وبين ما إذا أراد الأخذ بمؤجل ثم بعد مدة اختار الأخذ ، وقوله : وإن حل الثمن غاية (قوله : بين أن يعجل) ينبغي أن محل التخيير إذا لم يكن الزمن زمن نهب أخذا مما يأتي عن الأذرعي وغيره ، ويحتمل الفرق ، وأن---." (٣)

"وقضية قوله وكذا للغير أن يستأجر ذمته أنه لا يصح منه أن يلزم ذمة الغير ، وقياس ما في السلم من جواز كونه مسلما ومسلما إليه جواز ذلك هنا ، وقوله كبائع : أي كشرط بائع (قوله : لأنها صنف من البيع

---

(١) حاشية الشبراملسى، ٢١/ ١

(٢) حاشية الشبراملسى، ٢١/ ٣٠

(٣) حاشية الشبراملسى، ٢٣/ ٢٦٠

) أي لأنها في المنافع ، والسلم صنف من البيع (قوله : نعم استئجار كافر إلخ) هو وما بعده استدراك على ما يفهم من قوله كبائع ومشتر من أنه لا تصح إجارة السفيه كما لا يصح بيعه ، ومن أنه لا يصح استئجار الكافر مسلما كما لا يصح شراؤه له (قوله : لكنها) أي إجارة العين ، ومفهومه عدم الكراهة في إجارة الذمة (قوله : ومن ثم أجبر إلخ) مجرد الكراهة لا يستلزم **الإجبار** على إزالة اليد عنه .وكان الأولى أن يقول : ومن ذلك يجبر على إيجاره إلخ .." (١)

"(قوله : ولا ينافي ما رجحه المصنف) أي من القسمة على قدر الأراضي ولم يرد أنه رجحه هنا (قوله : ولم نجد له شربا من موضع آخر) مفهومه أنه إذا كان لها شرب من محل آخر لا يكون لها شرب من هذا النهر ، وقد يتوقف فيه بأنه المانع أن يكون لها شرب من موضعين ، ومجرد كون لها شرب من غيره لا يمنع أن لها شربا منه أيضا (قوله : ويتعين الطريق الثاني) هو قول المصنف ولهم القسمة مهايأة ، والطريق الأولى قوله بنصب خشبة في عرض إلخ (قوله : فتمتنع المهايأة) هذا قد يخالف ما مر في قوله ولا نظر لزيادة الماء ونقصه من التراضي إلا أن يقال : المراد بالامتناع هنا عدم **الإجبار** على ذلك فلا منافاة ، لكن يرد على ذلك أن المهايأة لا إجبار فيها ، فالأولى أن يقال : يصور ذاك بزيادة تارة من غير اعتياد كتحرك هواء ونحوه ، وما هنا بما إذا عهدت الزيادة تارة والنقص أخرى من غير اعتياد وقت بخصوصه للزيادة وآخر للنقص (قوله : صح) أي وإن لم يأخذه لكن إذا تأخر مدة واختلط فيها الحادث بالموجود وتنازعا جاء فيه ما قيل في بيع الثمرة إذا اختلط حادثها بموجودها وهو تصديق ذي اليد .---.." (٢)

"قوله بالعلامة متعلق بضيق لا بتدارك كما لا يخفى ولعل التدارك يحصل بشراء قطعة أرض بجانبها أو نحو ذلك قوله ولا يصح بيع ثلج وجمد إلخ عبارة الروض ولا يصح بيع جمد وثلج وزنا وهو ينماع قبل وزنه قوله عدم انفساخ العقد انظره مع أن الكلام في الصحة وعدمها قوله بغير إذن المجني عليه متعلق ببيع المقدر في كلام المصنف أي ولا يصح بيع الجاني المذكور بغير إذن المجني عليه كما أرشد إليه ما قبله في كلام المصنف من تقييده عدم الصحة في مسألة المرهون بغير الإذن لكن كان على الشارح أن يقدم مسألة السرقة على هذا كما صنع حج قوله فإن لم يرجع أي وباع كما صرح به غيره إذ محل **الإجبار** إنما هو بعد البيع كما يعلم من شرح الروض كغيره ويدل عليه من كلام الشارح قوله الآتي فسخ البيع قوله أو تأخر غيبته عبارة التحفة أو تأخر لغيبته انتهت فالتأخر قسيم التعذر لا قسم منهقوله فسخ البيع أي لو كان

---

(١) حاشية الشبراملسى، ٤٩٣/٢٣

(٢) حاشية الشبراملسى، ٨٤/٢٥

باعه بعد اختيااره الفداء قوله نعم إن أسقط الفسخ حقه يعني المجني عليه قوله أو موليه أي ولو في خصوص هذا المال حيث جعل الشارح له ولاية عليه وهذا هو وجه الدخول الذي أشار إليه الشارح بعد قوله والمراد أنه أي المبيع أي لأن الكلام إنما هو في شروطه لا في شروط العاقدفلفظ فيه مقدر في كلام المصنف قوله فإن العقد يقع للمالك موقوفا يجب حذف لفظ يقع وإلا لم يصح الجواب الآتي قوله ولهذا أشار الشارح أي وأشار إليه هو أيضا فيما مر." (١)

"المساقاة والجعالة على معلوم فلا يكون في التعريف ما يخرجهما وعبارة التحفة وبالعلم المساقاة والجعالة كالحج بالرزق فإنه لا يشترط فيهما علم العوض وإن كان قد يكون معلوما كمساقاة على ثمرة موجودة وجعالة على معلوم انتهتفجعل المساقاة والجعالة خارجين مطلقا بقيد اشتراط العلم هنا لأنهما وإن وقعا على معلوم إلا أنه ليس على وجه الاشتراط قوله كبائع قال الزركشي وعلم منه أنه لا يصح إجارة للأعمى لأنه لا يصح بيعهنعم له أن يؤجر نفسه كما للعبد الأعمى أن يشتري نفسه قاله في الروضة وشرح المهذب في كتاب البيع وكذا للغير أن يستأجر ذمته لأنها سلموقضية قوله وكذا للغير أن يستأجر ذمته أنه لا يصح منه أن يلزم ذمة الغير وقياس ما في السلم من جواز كونه مسلما ومسلما إليه جواز ذلك هنا وقوله كبائع أي كشرط بائع قوله لأنها صنف من البيع أي لأنها في المنافع والسلم صنف من البيع قوله نعم استئجار كافر إلخ هو وما بعده استدراك على ما يفهم من قوله كبائع ومشتر من أنه لا تصح إجارة السفيه كما لا يصح بيعه ومن أنه لا يصح استئجار الكافر مسلما كما لا يصح شراؤه له قوله لكنها أي إجارة العين ومفهومه عدم الكراهة في إجارة الذمة قوله ومن ثم أجبر إلخ مجرد الكراهة لا يستلزم الإجبار على إزالة اليد عنهوكان الأولى أن يقول ومن ذلك يجبر على إيجاره إلخ." (٢)

"يرد أن نفقته حينئذ لازمة لها وإن لم تكن زوجته قوله مبني على مقابل الأصح انظره مع حكاية الوفاق ولعل مقابل الأصح ينبني عليه خلاف في صور هل يحصل بينها معارضة أو لا واتفق القائلون به على المعارضة في صورة الإمام المذكورة قوله بعيب يثبت الخيار شمل الجنون قوله بخلاف تزويج الصغيرة مجبوبا كان هذا بالنسبة لقطع بعضهم أي فالبعض المذكور قطع بالبطلان في تزويج الصغير بالرتقاء والقرناء بخلاف تزويج الصغيرة بالمجبوب فإنه لم يقطع بالبطلان فيه بل حكى فيه خلافا أي وإن كان الأصح

---

(١) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ١٢٢/٣

(٢) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ٢٤٧/٥

البطلان أيضا لعدم المكافأة قوله أخذا مما مر في شروط **الإجبار** أي مما ذكر أنه شرط لجواز المباشرة." (١)

"الحكم الشرعي بخطاب إذ هو المتحقق هنا كما لا يخفى على المتأمل وحينئذ فلا يتوجه قول الشارح تبعا للشهاب حج ولا دلالة فيه إلخ قوله أول المنتقلين منهم قال الشهاب سم أي فاعتبار الأول لأن الغالب تبعية أبنائه له وللاحتراز عن دخول ما عدا الأول مثلا قبل النسخ والتحريف فلا اعتبار به فيكون الحاصل أن شرط الحل دخول الأول بشرطه يقينا مطلقا أو احتمالا في الإسرائيلية وتبعية من بينهما أي المنكوحة وبينه أي أبي المنكوحة المذكور له أو جهل الحال فيه ولو في غير الإسرائيليةفالحاصل أن الشرط عدم علم عدم التبعية فليتأملا هقوله وإن لم ينتقل أحد منهم أي غيره كما في التحفة قوله اختيارا كذا في النسخ بالخاء وفي نسخة إجبارا بالجيم وهي الأصوب وعليها يدل قول الشارح الآتي فقول الشارح ويغتفر إلخ كما لا يخفى ومنها يعلم وجوب النية على من اغتسلت اختيارا بالأولى قوله ولو فورا هو غاية في **الإجبا**ر وهو أحد وجهين فيهوالثاني أنه." (٢)

"الشيخ أشار إلى ذلك قوله على أن لا يفعل انظره مع قول الأصوليين إن الفعل لا عموم له ولعله سقط من النسخ لفظ مطلقا أو نحوهاقوله صح بالمسمى وعليه فلو انفسخ نكاح إحداهما قبل الدخول أو طلقت وزع المسمى عليهما باعتبار مهر المثل فلو كان مهر الباقية عشرين والتي انفسخ نكاحها عشرة سقط عن الزوج ثلث المسمى ووجب للباقية ثلثاهقوله لعدم وجود شرط العطف وهو أن لا يصدق أحد معطوفيها على الآخر قوله فسد المسمى أي حيث لم يعين له قدرا ولو قالت لوليها وينقص عنه أخذا مما يأتي في قوله وما إذا كان يزوجها **بالإجبار** كما يعلم من قوله بكرا فلا يشكل بما ذكره بعد من البطلان على طريقة الرافعي قوله أما من مال الولي فيصح محترز قوله من مال المولى عليه قوله قالوا في الأولى هي قوله التي يجب تكرارها قوله وذلك أي قوله من غير كفءقوله فيما ذكر أي في قوله كما لو قالت قوله فرتبه أي الولي وقوله غير معتبرة وهي تسميتها لأن عبارتها لاغية في المال قوله إن رد على ثيابي أي مثلا قوله كان له تزويجها وإنما لم يبطل إذنها المذكور لاشتماله على التعليق لما مر في كلامه من أنه ليس وكيلا إذ التعليق

---

(١) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ٢٣٩/٦

(٢) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ٢٦٨/٦

إنما يبطل الوكالة دون الولاية إذ هي ثابتة قبل الإذن وغاية الأمر أن تصرفه موقوف على الإذن منها وقد وجد." (١)

"قوله وبما تقرر أي في قوله فأتت بولد قوله وأنها أي وعلم أنها قوله وأن هاتين الدلالتين أي قوله لما اشتملت عليه إلخوقوله ومن الثاني لدلالة الأول عليه قوله من دلالة الفحوى أي من دلالة مفهوم الموافقة وهو قوله أو وطئت بشبهة أي بعد العدة قوله وإن أمكن غاية قوله لنحو بعده أفهم أن عامة أهل مصر الذين هم بين العلماء لا يعذرون في دعواهم الجهل بالمفسد فيكونون زناة ومنه اعتقادهم أن العدة أربعون يوما مطلقا قوله وطء الشبهة أي في العدة قوله وإن كان غاية قوله وإن اعتمد البلقيني إلخ ضعيف قوله وانتسابه بنفسه أي فلو لم ينتسب بعد البلوغ لم يجبر عليه لجواز أنه لم يمل طبعه لواحد منهما قوله حاملا إلخ يؤخذ من هذا جواب حادثة وقع السؤال عنها وهي بكر وجدت حاملا وكشف عليها القوابل فرأينها بكرا هل يجوز لوليها أن يزوجها **بالإجبار** مع كونها حاملا أم لا وهو أنه يجوز لوليها تزويجها **بالإجبار** وهي حامل لاحتمال أن شخصا حك ذكره على فرجها فأمنى ودخل منيه في فرجها فحملت منه من غير زوال البكارة فهو غير محترم فيصح نكاحها في هذه الصورة مع وجود الحمل واحتمال كونها زنت وأن البكارة عادت والتحمت فيه إساءة ظن بها فعملنا بالظاهر من أنها بكر مجبرة وأن لوليها أن يزوجها **بالإجبار** قوله وفيه الجمع المار أي في قوله في الفصل السابق بعد قول المصنف وعدة حرة إلخ ولو جهل حال الحمل ولم يمكن لحوقه إلخ." (٢)

"قوله لأن الكلام ثم في مدلول ذينك اللفظين إلخ الظاهر أن هذا وجه النظر وسكت عن وجه عدم الصحة ولعله أن المصدر هو الانتفاع ولا فرق بينه وبين أن والفعل ثم فالمستعير كما يملك أن ينتفع بملك الانتفاع الذي هو عبارة عنه وإنما المنفي عنه ملك المنفعة وهي المعنى القائم بالعين وليست مصدرا قوله في مدلول ذينك اللفظين شرعا أي بخلاف ما هنا فإن المراد بيان مدلولهما الأصلي إذ الشارع لم يفرق بينهما هنا بخلافه هناك فتأمل قوله لأنه حينئذ يسمى إعطاء هل يجري ذلك هنا كذا قاله ابن قاسم مع أنه مر قبله النص على أنه ليس كفعله قوله عليه متعلق بتمييز قوله المرجوح لعله صفة كاشفة إذ هو مرجوح بالنسبة للحقيقة لأصالتها قوله وفي ذلك نظر أي في الحكم بدليل قوله والأقرب الحنث وعبارة التحفة صريحة في أن النظر في أصل الأخذ أيضا ووجه النظر فيه ظاهر قوله لم يحنث بتزويج المجبر لها أي

---

(١) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ٣٢٠/٦

(٢) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ١٣٦/٧

بالإجبار كما هو ظاهر بخلاف ما إذا أذنت وقد يقال هلا انتفى الحنث عن المرأة مطلقا بتزويج الولي نظير ما مر فيما لو حلف لا يحلق رأسه بل أولى لأن الحقيقة متعذرة أصلا والقول بحنثها إنما يناسب مذهب أبي حنيفة أنه إذا تعذرت الحقيقة وجب الرجوع إلى المجاز فليتأمل." (١)

"قوله فإن صدر من اثنين صادق بما إذا تعدد السبيل وبما إذا اتحد فانظره مع قول الشارح الآتي إن كلامه متدافع في ذلك قوله ما إذا كانت تعديلا أي ووقعت بالتراضي قوله أي أحدهما غلط أو حيف قوله وقد فعل ذلك أي فيكلف القلع مجانا ولا يرجع بما أنفقه قوله من أرش متعلق بزائد قوله لكن من حين التقرير أي فلو وقع منه تصرف فيما خصه قبل التقرير كان باطلاقوله وأنه أطلق الخلاف هنا سقط من النسخ وعبارة التحفة وأنه أطلق الخلاف ومحله حيث حكموا قاسما فإن تولاها حاكم أو منصوبه جبرا لم يعتبر الرضا قطعا ولو نصبوا وكيلا عنهم اشترط رضاهم بعد القرعة قطعا وكذا لو اقتسموا بأنفسهم انتهتولم يذكر هو ولا الشارح الجواب عن هذا قوله وعبارة المحرر القسمة التي لا يجبر عليها كذا في نسخ الشارح بإثبات لا قبل يجبر والصواب حذفها قوله غير أن دعواه أصرحية عبارة الأصل صوابه أصرحية عبارة الكتاب على عبارة الأصل إذ هو الذي قاله الجلال بحسب ما يظهر من عبارته ونصها ويجاب بأن المراد ما انتفى فيه الإجبار مما هو محله وهو أصرح في المراد مما في المحرر ا هوالظاهر أن هذا الذي فهمه الشارح من كلام الجلال المبني على أن مرجع الضمير فيه كلام المصنف ليس مراده إذ لا يسعه ذلك وإنما مراده أن ما ذكره في بيان مراد المصنف أصرح مما في المحرر وإن كان ما في المحرر أصرح مما في كلام المصنف فمرجع الضمير ما ذكره هو لا ما ذكره المصنف فتأملواعلم أن الشارح لم يذكر الجواب عن كون." (٢)

"تلزمه نفقته ولم يتبرع بالزائد أو من بيت المال أو وقف الأكفان أو من مال الموسرين لفقد ما ذكر ولو اختلف الورثة في الثلاثة ودونها أو أكثر أو اتفقوا على ثوب واحد أو كان فيهم محجور عليه فالثلاثة ولهم الزيادة عليها إلا إن كان فيهم محجور عليه أو الورثة والغرماء المستغرقون في ساتر العورة والبدن فساتر البدن لما مر أنه حقه يتقدم به عليهم لتأكد أمره بقوة الخلاف في وجوبه وإن أسقطه وبهذا فارق إجابتهم في منع سائر المستحبات وإذا قلنا بإجبار الغرماء والورثة على السابغ كما تقرر فليس مثله بقية الثلاثة بالنسبة للغرماء بل للورثة فإذا اتفقوا على ثوب أجبرهم الحاكم على الثلاثة لنظير ما تقرر وأنها حقه بالنسبة لهم فقدم عليهم ما لم يسقطها لا لكونها واجبة من حيث التكفين وفارق الغرماء الورثة هنا بأن حقه في الثلاث أضعف

---

(١) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ٢١٤/٨

(٢) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ٢٨٨/٨

منه في السابغ فلم يمنع الغرماء تقديما لبراءة ذمته ، ومنع الورثة لأنه لا معارض لحقه وقول المجموع : القول بوجوب الثلاث شاذ محمله القول بوجوبها من حيث واجب التكفين وليس كلامنا فيه وإنما هو في وجوبها من حيث إنها حقه ولم يسقطه ولا معارض له ومن ثم قال السبكي والأذرعي يجبرهم الحاكم على الثلاث وإن كان فيهم محجور .قال الأذرعي أو غائب وقول الأذرعي **الإجبار** إنما يتأتى على الوجه الشاذ أن الثلاث واجبة علم رده مما تقرر في تقرير ذلك الوجه ومن ثم لما استشكل ذلك على السبكي أجابه بما ذكرته أنها." (١)

"وقوله : م ر ولا يعطى الحنوط إلخ أي من بيت المال والموقوف والزوج وغيرهم ا هـ ع ش (قوله : أو من مال الموسرين إلخ) أي ولم يتبرعوا بالزائد كما هو ظاهر قال البصري ما ضابط اليسار هنا ا هـ وقال البجيرمي عن ع ش والمراد بالموسر من يملك كفاية سنة لممونه وإن طلب من واحد منهم تعين عليه لئلا يتواكلوا ا هـ ويأتي ما يتعلق به (قوله : أو كان إلخ) عطف على قوله اختلف الورثة إلخ (قوله : محجور عليه) أي أو غائب نهاية (قوله : فالثلاثة) أي لزوما نهاية قال ع ش .(فرع) هل يجب تكفين الذمي في ثلاثة حيث لا مانع من الغرماء ولا وصية بالاقتصار على واحد كالمسلم في ذلك ؟ ظاهر إطلاقهم نعم وقد وافق م ر على ذلك سم على المنهج ا هـ .(قوله : محجور عليه) أي أو غائب نهاية (قوله : وإن أسقطه) غاية لقوله بقوة الخلاف إلخ (قوله : وبهذا إلخ) أي بقوله لتأكد أمره إلخ (قوله : فليس مثله) أي مثل السابغ في **الإجبار** عليه (قوله : بالنسبة للغرماء) فلو قال الغرماء يكفن في ثوب والورثة في ثلاثة أجيب الغرماء نهاية ومغني (قوله : بل للورثة) أي بالنسبة للورثة فيجبرون على بقية الثلاثة فلا يسقط الثاني والثالث إلا بإيصاء أو منع الغريم سم (قوله : فإذا اتفقوا إلخ) تفريع على قوله بل للورثة (قوله : أجبرهم الحاكم إلخ) حاصل ما اعتمده الشارح أن الكفن ينقسم على أربعة أقسام ؛ حق الله تعالى – وهو ساتر العورة وهذا لا يجوز لأحد إسقاطه مطلقا – ، حق الميت – وهو ساتر بقية البدن." (٢)

"ولا يأتي هذا في المصحف ومفهوم قوله لمسلم أنه لا يكفي أن يؤجره لكافر ثم يؤمر ذلك الكافر أيضا بإيجاره ، وهكذا وهو متجه (قوله : كما يؤمر بإزالة ملكه إلخ) قال في شرح العباب ولو حملت أمة الكافر من كافر بنكاح أو شبهة ثم أسلم فإن قلنا الحمل يعطى حكم المعلوم أمر مالكها بإزالة ملكه عنها ذكره في البحر وفيه نظر ، وأطال في بيان النظر ومنه أنه لا يتصور الإذلال هنا ثم قال هذا هو الذي يظهر

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٠/٤٧٦

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٠/٤٩١

ثم رأيت جمعا متأخرين قالوا لا يجبر على إزالة ملكه عنها قبل الوضع ، وأطال في بيان ذلك عنهم ومنه أنه بعد الوضع لا يمكن إجباره على إزالة ملكه عنه لمحذور التفريق إلى أن قال وميل الزركشي إلى الأخذ بقضية ما في البحر من إجباره على إزالة ملكه عنها ونقل احتجاجه ثم نظر فيه فراجعه .والأوجه أنه لا يؤمر إذ لا إذلال في هذه الحالة كما في الكنز (قوله : وكذا مستولدته) ظاهره ، وإن تأخر الاستيلاد عن الإسلام (قوله : ويتجه إلحاق إلخ) المعتمد خلافه م ر (قوله : والأوجه إجباره) المعتمد عدم **الإجبار** بل امتناع هذا الفداء ؛ لأنه بيع وبيعها ممتنع ولو لمن تعتق عليه ؛ لأنه يستلزم تمليكها ، وهو ممتنع ، وإن استلزم العتق م ر (قوله : فداء أجنبي إلخ) انظر هذا الفداء هنا وفي تمحض الرق الآتي هل هو عقد عتاقة ، وهو بعيد جدا أو لا فيهما فما حكم الرقيق حينئذ هل انقطع الملك عنه ، وهو مشكل إذ لا مملوك بلا مالك أو عقد عتاقة هنا لا في تمحض الرق بل يملكه فيه." (١)

"المالك مخيرا بينه وبين الكتابة .ا هـ .نهاية (قوله : باعه الحاكم) أي وجوبا (وقوله : عند ثقة) ولو امتنع الثقة من ذلك إلا بأجرة جاز له الأخذ من سيده فيما يظهر فيجبر على دفعها له .ا هـ .ع ش (قوله : وكذا مستولدته إلخ) أي استكسبت له عند ثقة قال سم ظاهره ، وإن تأخر الاستيلاد عن الإسلام ا هـ أقول بل ظاهره رجوع قوله قبل إسلامه للمستولدة أيضا بتأويل من ذكر ، وقد يفيده قول ع ش قوله : م ر وكذا مستولدته أي الكافر إذا أسلمت .ا هـ .(قوله : ويتجه إلحاق إلخ) المعتمد خلافه م ر .ا هـ .سم عبارة النهاية ولو طرأ إسلام القن بعد تدبير سيده له لم يجبر على بيعه على الأصح حذرا من تفويت غرضه فلو كان علق عتقه بصفة قبل إسلامه فهو كالقن على الأقرب .ا هـ .قال ع ش قوله : م ر فهو كالقن إلخ أي فيجبر على بيعه خلافا لحج حيث ألحقه بالمستولدة والأقرب ما قاله حج ؛ لأنه لم يظهر فرق بينه وبين المدبر الذي طرأ إسلامه .ا هـ .(قوله : والأوجه إجباره إلخ) المعتمد عدم **الإجبار** بل امتناع هذا الفداء لأنه بيع وبيعها ممتنع م ر .ا هـ .سم عبارة النهاية والأوجه عدم إجباره على بيعها أي المستولدة من نفسها بثمن المثل خلافا للزركشي لما فيه من الإجحاف بالمالك بتأخير الثمن في الذمة فإن طلب غيره افتداءها منه بقدر قيمتها لم يجبر أيضا خلافا لبعض المتأخرين إذ هو بيع لها ، وهو غير صحيح .ا هـ .قال ع ش قوله : م ر خلافا لبعض المتأخرين مراده حج ، وقوله : م ر إذ هو بيع لها." (٢)

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٨٥/١٦

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٩١/١٦

"من الانتفاءين بأن وجد كل من التفرق والقول وهذا صحيح لكن لا يتقيد الحكم به فقول – الشارح الصادقة إلخ إن أراد الصدق باعتبار المفهوم ورد عليه أن لا محذور في هذا وإن أراد باعتبار المنطوق فالصواب أن يقول مع عدم التفرق وأن يريد العكس فتأمله (قوله : الصادقة) إن أراد الصدق باعتبار المنطوق فهو ممنوع لأن تقدير ما لم يتفرقا إلخ مدة عدم التفرق أو عدم القول فالمغايرة إنما تصدق بوجود القول مع عدم التفرق وبوجود التفرق مع عدم القول أي باعتبار أصل اللغة على أن الصواب على هذا أن يقال لا مغايرة عدم القول له أي لعدم التفرق وإن أراد باعتبار المفهوم فلا محذور فيه لأن مفهوم ما لم إلخ عدم الخيار عند القول والتفرق وهو صحيح تدبر (قوله : مع التفرق) ينبغي مع عدم التفرق كما علم فليتأمل .(قوله : على أن هذا غفلة عما مر) وأيضا فقد يتعلق الغرض بالمفضول والمساوي – قوله : يجبر عليه) أي **والإجبار** ينافي الخيار ا هـ." (١)

"اختلفا جودة ورداءة ا هـ ع ش (قوله : على الأوجه) وفاقا للنهاية والمغني (قوله : ومثله) أي بيع العبد من نفسه ومثله الحوالة فلا خيار فيها وإن قلنا هي بيع لأنها رخصة فلا يناسبها ثبوت الخيار ا هـ منهج بالمعنى وعبارة المحلي ولا خيار في الحوالة على الأصح ا هـ ع ش وعبارة المغني منها أي من الصور المستثنيات التي لا خيار فيها الحوالة فإنها وإن جعلت معاوضة ليست على قواعد المعاوضات وربما يقال إن كلام المصنف في بيع الأعيان فلا تستثنى هذه الصورة لأنها بيع دين بدين ا هـ .(قوله : وكقسمة الرد) عطف على قول المتن كالصرف (قوله : بخلاف غيرها) أي قسمتي الإفراز والتعديل سواء جريا بإجبار أم بتراض إذا قلنا إنها في حالة التراضي بيع ا هـ مغني (قوله : لأن الممتنع منه يجبر عليه) أي **والإجبار** ينافي الخيار ا هـ سم عبارة ع ش يعني أنه لو امتنع أحد الشريكين من القسمة أجبر عليها في ، لإفراز والتعديل فلا ينافي امتناع الخيار فيما لو وقعت بالتراضي ا هـ .قول المتن (وصلح المعاوضة) كأن يصالحه على دار بعبد ا هـ ع ش (قوله : بخلاف صلح الحطيطة) هي الصلح من الشيء على بعضه دينا كان أو عينا ا هـ ع ش (قوله : فيها) أي الإجارة (قوله : وعلى دم العمد إلخ) عطف على قوله على المنفعة وخرج الصلح عن دم الخطإ وشبه العمد فيثبت فيه الخيار وصورة الصلح عليه أن يدعي زيد على عمرو دارا مثلا والحال أن عمرا استحق على زيد دية قتل الخطإ أو شبه العمد لكونه أي زيد قتل مورث عمرو." (٢)

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٧/٢٣٤

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٧/٢٤٠

"المشتري إلخ) عبارة النهاية والمغني لأن الخيار فيما يثبت ملكه بالاختيار فلا معنى لإثباته فيما ملك بالقهر والإجبار ا هـ (قوله : بسائر أنواعها) إلى المتن في النهاية (قوله : بسائر أنواعها) أي سواء كانت إجارة عين أو ذمة قدرت بزمان أو محل عمل وبهذا يتضح التعبير بالأنواع فلا يقال إن الإجارة نوعان فقط الذمة والعين ا هـ ع ش .(قوله : لأنها لا تسمى بيعا) هذا التعليل يتأتى في سائر أنواعها (وقوله : لفوات المنفعة) لا يتأتى في المقدرة بمحل العمل (وقوله : ولأنها إلخ) مثل الأول في جريانه في سائر أنواعها فبعض التعاليل عام وبعضها خاص ا هـ ع ش (قوله : وجوده في الخارج) هذا لا يتأتى في السلم في المنافع مع ثبوت الخيار فيه فلعل المراد أن الغالب في المسلم فيه كونه عينا لا تفوت بفوات الزمن ا هـ ع ش (قوله : كحق الممر) أي أو إجراء الماء أو وضع الجذوع على الجدار ا هـ ع ش (قوله : والمساقاة كالإجارة) أي حكما وتعليلا ا هـ مغني (قوله : ليس بمقصود بالذات) بل تابع للنكاح (قوله : ومثله عوض الخلع) أي حكما وتعليلا وكذا خلافا كما يأتي قول المتن (في المسائل الخمس) ومقتضى قوله ومثله عوض الخلع أن الخلاف جار فيه أيضا وهو كذلك لكن بالنسبة للزوج فقط عبارة عميرة قوله : على الأصح إلخ مقابله في الخلع يقول بثبوت الخيار للزوج فقط فإذا فسخ وقع الطلاق رجعيا وسقط العوض ا هـ ع ش (قوله : ومرت الإشارة) أي بترجيح الأصح ا هـ سم عبارة الرشيدي قوله : في المسائل." (١)

"قوله وقضية العلة الأولى) وهي قوله : لرضاه بذمته ، وكذا قضية ما قدمنا من تعليل المغني (قوله : أنه لو كان الثمن إلخ) في شرح البهجة فمتى كان العوضان معينين أجبرا ، أو أحدهما أجبر صاحبه أولا سواء كانا عرضين ، أو نقدين أم مختلفين انتهى ا هـ .سم (قوله : والأول أقرب) معتمد ا هـ ع ش (قوله : أما المؤجل إلخ) محترز قوله بثمن حال (قوله : فيجبر البائع إلخ) أي : وإن حل ا هـ ع ش (قوله : فيجبر البائع إلخ) ومن ثم كان ليس له أن يطالب المشتري برهن ، ولا ضامن ، وإن كان غريبا وخاف الفوت لتقصيره بعدم اشتراط ذلك في العقد ا هـ بجيرمي (قوله : ليتساويا) أي : في تعين الحق (قوله : وعليه) أي : على هذا القول (قوله وحينئذ) أي : - حين عدم الإجبار ، أو حين المنع من التخاصم (قوله : ثم يسلم) بالرفع أي : الحاكم ، أو العدل ، وكذا ضمير قوله إليه .(قوله : ويظهر أن يلحق بذلك إلخ) أي : فيكون الأظهر إجبارهما لكن هذه الصورة والصورة التي قبلها يعني كون الثمن معينا والمبيع في الذمة إنما تأتيان على ما اعتمده الشارح م ر من أن المبيع إذا كان في الذمة وعقد إليه بلفظ البيع كان بيعا حقيقة فلا يشترط فيه قبض الثمن في المجلس أما على ما جرى عليه الشيخ في منهجه من أنه بيع لفظا

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٤٨/١٧

سلم معنى ، والأحكام تابعة للمعنى فلا يتأتى إجبار فيه ؛ لأن الإجبار إنما يكون بعد اللزوم ، وحيث قلنا : هو سلم إذا جرى بلفظ البيع اشتراط قبض رأس المال في المجلس ثم إن حصل قبضه في." (١)

"المجلس استمرت الصحة ، ولا يتأتى تنازع ، ولا إجبار لحصول القبض ، وإن لم يتفرقا ، ولم يقبض لم يتأت الإجبار لعدم اللزوم ، ويصرح بما ذكر قوله : م ر وما قيل من اختلاف المسلم إلخ ا هـ .ع ش (قوله : من الأقوال الأربعة) قال النهاية من الأقوال الثلاثة الأخيرة قال ع ش ما نصه عبارة حج من الأقوال الأربعة ، وعليها فمقابل الأظهر قوله : وفي قوله لا إجبار وعلى كلام الشارح م ر مقابل الأظهر قوله أجبر البائع ، وعبارة الشيخ عميرة قوله وأجبر في الأظهر أي : يكون القول الثالث جاريا ، وهو مقابل الأظهر هذا ما ظهر لي ، وهو المراد إن شاء الله تعالى ، وهو موافق لحج ا هـ .(قوله : سواء الثمن) إلى المتن في المغني إلا قوله : كما يعلم من كلامه في الوكالة (قوله : نعم البائع نيابة إلخ) محترز ما قدمنا عن النهاية والمغني في أول الفرع من قيد مال نفسه ، ومثل البائع فيما ذكر المشتري (قوله : وعامل قراض) أي : والحاكم في بيع أموال المفلس ا هـ مغني (قوله : لا يجبر على التسليم) أي : على جميع الأقوال ا هـ كردي (قوله : فلا يتأتى هنا إلخ) أي : لا يتأتى في البائع عن غيره إلا الرابع والثاني دون الأول والثالث (قوله : إلا إجبارهما) معتمد و (قوله : أو إجبار المشتري) ضعيف ، أو محمول على ما إذا باع بثمن معين لشيء في الذمة ا هـ ع ش ، وفي الإيعاب من اعترف بوكالة إنسان يطلب منه إثباتها ، ولا يلزم المشتري التسليم إليه قبل ذلك ا هـ .(قوله : لم يتأت إلا إجبارهما) قال في العباب مطلقا انتهى." (٢)

"(وإذا سلم البائع) بإجبار ، أو تبرع (أجبر المشتري) على التسليم في الحال (إن حضر الثمن) أي عينه إن تعين ، وإلا فنوعه مجلس العقد لوجوب التسليم عليه بلا مانع ولإجباره عليه لم يتخير البائع ، وإن أصر على عدم التسليم إليه ، ويؤخذ منه أنه في الثانية بالإجبار عليه يصير محجورا عليه فيه فلا يصح تصرفه فيه بما يفوت حق البائع ، وإلا لم يكن للإجبار فائدة ، وظاهر المتن أنه يجبر على التسليم من عين ما حضر ولا يمهل لإحضار ثمن فورا ودفعه منه ، وهو ظاهر إن ظهر للحاكم منه تسويف ، أو عناد ، وإلا ففيه نظر على ما قاله الأذرعي ويوجه إطلاقهم بأنه حيث حضر النوع فطلب تأخير ما عنه فيه نوع تسويف ، أو عناد فإن قلت : ما وجه اعتبار مجلس العقد وهلا اعتبر مجلس الخصومة قلت : وجهه أنه الأصل فلم ينظر لغيره ؛ لأنه قد لا تقع له خصومة .(وإلا) يكن حاضرا مجلس العقد (فإن كان معسرا) بأن لم

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٥٠/١٨

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٥١/١٨

يكن له مال يمكنه الوفاء منه غير المبيع ساوى الثمن أم زاد عليه (فللبائع الفسخ بالفلس) وأخذ المبيع لما يأتي في بابه وحينئذ يشترط فيه حجر القاضي ، هذا إن سلم بإجبار الحاكم ، وإلا لم يجز له استرداد ، ولا فسخ إن وفت السلعة بالثمن ؛ لأنه سلطه على المبيع باختياره ، ورضي بذمته (أو) كان (موسرا ، وماله بالبلد) التي وقع فيها البيع (أو بمسافة قريبة) منها ، وهي دون مسافة القصر (حجر عليه) أي : حجر عليه الحاكم ، وإن لم يكن محجورا عليه بالفلس (في." (١)

"(قوله قدر معين) إلى قوله واعترضه في المغني إلا قوله وقيل .وقوله ويرد إلى المتن وقوله للعاقدين إلى فخرج وإلى قول المتن والأصح في النهاية إلا قوله ويعلم إلى المتن (قوله من ثمر قرية إلخ) الثمرة مثال فغيرها مثلها ا هـ مغني قول المتن (لم يصح) وظاهر كلامهم عدم الفرق بين السلم المؤجل والحال وهو كذلك نهاية ومغني (قوله انقطاعه) أي القدر فيه كما هو ظاهر ا هـ سيد عمر (قوله لا على كبرها إلخ) فالتعبير بالصغيرة والعظيمة جرى على الغالب ا هـ نهاية .قول المتن (أو عظيمة صح) وهل يتعين ذلك على الثمر أو يكفي الإتيان بمثله احتمالان للإمام والمفهوم من كلامهم الأول أي التعين ا هـ مغني زاد النهاية وعليه لو أتى بالأجود من غير تلك القرية أجبر أي المسلم على قبوله فيما يظهر ا هـ قال ع ش قوله فيما يظهر قضيته أنه لا يجبر على قبول المثل وإن كان مساويا لثمر القرية المعينة من كل وجه قال في شرح العباب محل عدم إجباره على قبول المثل إن تعلق بخصوص ثمر القرية غرض للمسلم كنضجه أو ونحوه وإلا أجبر على القبول ؛ لأن امتناعه منه محض تعنت ا هـ وعليه فقد يقال لم يظهر حينئذ فرق بين المثل والأجود ولا معنى ما أفاده كلامه من تعين ثمر القرية إلا أن يقال المراد بتعينه استحقاق الطلب به دون غيره وذلك لا ينافي الإجبار على قبول غيره حيث لا غرض يتعلق بثمر القرية ا هـ .(قوله أما السلم في كله) أي من غير اعتبار كيل أو وزن كأن يقول." (٢)

"(ولو أحضره) أي المسلم إليه أو وارثه أو أجنبي عن ميت أخذا مما يأتي ثم رأيت الزركشي صرح بذلك المسلم فيه ومثله فيما يأتي جميعه كل دين مؤجل (قبل محله) بكسر الحاء أي وقت حلوله (فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح بأن) بمعنى كأن (كان حيوانا) يحتاج لمؤنة قبل المحل لها وقع أي عرفا أو غيره واحتاج لها في كراء محله أو حفظه أو كان يترقب زيادة سعره عند المحل على الأوجه (أو وقت غارة) الأفصح إغارة وإن وقع العقد وقتها على الأوجه أو يريد أكله عند محله طريا (لم يجبر)

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٥٣/١٨

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٩٩/١٩

على قبوله وإن كان للمؤدي غرض للضرر (وإلا) يكن له غرض صحيح في الامتناع (فإن كان للمؤدي غرض صحيح كفك رهن) أو براءة ضامن أو خوف انقطاع الجنس عند الحلول (أجبر) ؛ لأن امتناعه حينئذ تعنت (وكذا) يجبر إن أتى إليه به (لمجرد غرض البراءة في الأظهر) أو لا لغرض أصلا على الأوجه لتعنته وأفهم اعتباره لغرض المؤدي إليه عند عدم غرض المؤدى إليه أنه لو تعارض غرضا هما قدم الثاني ، ولو أصر على الامتناع بعد **الإجبار** أخذه الحاكم أمانة عنده له وبرئ المدين ، ولو أحضر المسلم فيه الحال في مكان التسليم لغرض غير البراءة أجبر المسلم على قبوله أو لغرضها أجبر عليه أو على الإبراء ؛ لأن امتناعه ، وقد وجد زمان التسليم ومكانه محض عناد فضيق عليه **بالإجبار** على ما ذكر بخلاف المؤجل والحال المحضر في غير محل التسليم .وقضية إطلاقهم هنا أنه لا فرق بين زمن." (١)

"ثمرا أو لحما يريد أكله عند المحل طريا ا هـ وكان ينبغي للشارح أن يزيد ما مر عن المغني أو يقدمه على قول المتن أو وقت غارة ليعطف على قوله يترقب (قوله للضرر) تعليل للمتن فلو قدمه على الغاية كما فعله المغني لكان أحسن (قوله يكن له) أي للمسلم قول المتن (أجبر) أي ويكفي الوضع بين يديه ا هـ ع ش (قوله تعنت) أي عناد (قوله أصلا) في تصور انتفاء الغرض للمسلم إليه نظر إذ أقل مراتبه حصول البراءة بقبض المسلم له اللهم إلا أن يقال المراد أنه لم يقصد حصول البراءة وإن كانت حاصلة بقبول المسلم ولا يلزم من كون الشيء حاصلا كونه مقصودا ا هـ ع ش (قوله وأفهم اعتباره إلخ) حق العبارة وأفهم تقديمه لغرض المؤدي أو نحوه ذلك ا هـ رشيدي أقول لا غبار على تعبير الشارح بل التعبيران متلازمان سم (قوله أخذه الحاكم إلخ) ولو كان المسلم غائبا فقياس ما ذكر أن يقبض أي الحاكم له في حال غيبته كما قاله الزركشي شرح م ر ا هـ سم (قوله ولو أحضر إلخ) ببناء المفعول أي أحضره المسلم إليه أو وارثه إلخ (قوله الحال) أي أصالة أو بعد حلول الأجل سم وع ش (قوله أجبر المسلم على قبول إلخ) قد يوهم أنه لا يقبل منه إلا القبول ولا ينفذ إبراؤه ولعله ليس بمراد وإنما المراد به أنه يقتصر هنا في لفظ **الإجبار** على القبول ويجبر في الثاني لفظا بين القبول والإبراء ويترك فيهما بأحدهما فليراجع (قوله على ما ذكر) أي من القبول فقط أو من القبول والإبراء (قوله والحال." (٢)

"المحضر في غير محل التسليم) لم يبين حكمه فيما سبق وعبارة العباب ولا يلزمه أي قبوله بغير مكان التسليم حيث له غرض كالخوف وكمؤنة النقل وإن بذلها غريمه فإن قبله لم تلزمه المؤنة ا هـ وخرج ما

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٦٦/١٩

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٧٠/١٩

إذا لم يكن غرض وهل يجري فيه حينئذ حكم ما أحضر في محل التسليم كما يصرح به الفرق الآتي ا هـ سم عبارة المغني وشرح المنهج أو لغرضها أجبر على القبول أو الإبراء وقد يقال بالتخيير **بالإجبار** على القبول والإبراء في المؤجل أي مطلقا والحال المحضر في غير مكان التسليم أيضا وعلى ذلك جرى صاحب الأنوار في الثاني والذي يقتضيه كلام الروضة وأصلها وهو الأوجه **الإجبار** فيهما على القبول فقط ا هـ ويأتي في الشرح ما يوافقه .(قوله وقضية إطلاقهم) إلى المتن نقله ع ش عن الشارح وسكت عليه (قوله وقضية إطلاقهم) أي إجبار المسلم فيه (قوله هنا) أي في الحال المحضر في محل التسليم ا هـ سم (قوله في القرض) يتجه أن ما هنا كالقرض ا هـ سم (قوله فيه) أي في وقت الخوف (قوله ويفرق بأن إلخ) قضية الفرق أن دين المعاملة غير السلم كدين السلم وينبغي أن دين غير المعاملة مطلقا كدين الإتلاف كذلك ا هـ سم (قوله وإحسان) عطف تفسير لمعروف (قوله فلم يلزم) ببناء المفعول (قوله وما هنا) أي دين السلم (قوله المستحق) بصيغة اسم المفعول نعت لقبضها (قوله أو لا) الأولى وعدمه (قوله القبض فيه غير مستحق إلخ) الجملة خبر أن (قوله أو في غير محل التسليم) أو لمنع الخلو .." [١]

"(وإن امتنع) المسلم (من قبوله هناك) أي في غير محل التسليم ، وقد أحضر فيه (لم يجبر) عليه (إن كان لنقله مؤنة) إلى محل التسليم ولم يتحملها المسلم إليه (أو كان الموضع) أو الطريق (مخوفا) للضر فإن رضي بأخذه لم يجب له مؤنة النقل (وإلا) يكن له غرض صحيح في الامتناع كأن لم يكن لنقله مؤنة ولا كان نحو الموضع مخوفا (فالأصح إجباره) على قبوله ؛ لأنه متعنت نظير ما مر ، ولو اتفق كون رأس مال المسلم بصفة المسلم فيه فأحضره وجب قبوله .s(قوله ولم يتحملها المسلم) كذا في شرح المنهج وكتب شيخنا الشهاب البرلسي بهامشه ما نصه هذه العبارة يصدق مفهومها الآتي بما لو أسلم إليه في قمح صعيدي مثلا وجعل محل التسليم الصعيد ثم وجده بمصر فطالبه به فيها وتحمل المؤنة أي أن يدفع له مقدار أجرة حمله من الصعيد إليها ولا يتجه إجباره على قبول ذلك كما لا يخفى فليتأمل نعم في عكسها يتجه ال**إجبار** انتهى .وقوله في عكسها أي بأن وجده بالصعيد ومحل التسليم مصر فطالبه وقنع بالمسلم فيه ولم يطلب منه أجرة حمله .(قوله ولم يتحملها المسلم إليه) بمعنى تحصيله وتحمله الزيادة لا بمعنى دفع الزيادة للمسلم ؛ لأنه اعتياض شرح م ر وهو مأخوذ من قول السبكي لا يجبر وإن تحملها المسلم إليه ؛ لأنه اعتياض انتهى وقضية علته امتناع قبوله مع المؤنة وهو ظاهر م ر انتهى .." [٢]

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٧١/١٩

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٧٦/١٩

"(قوله ورده إن أبق) انظر إباق العين المؤجرة وسيأتي فرق الشارح بين الرهن والإجارة (قوله لم يفرعه) قد يقال الاختصاص لا ينافي التفريع (قوله لما قررته) قد يناقش بأن ضمير عليها المؤنة المرهون فإن أريد بها أي فيما قبله الذي هو مرجع الضمير ما يشمل الزيادة التي لحقت المرتهن ثبت الإغناء المذكور أو ما يجب للملك فقط لم يفد وجوب ما لحق المرتهن فليتأمل ، نعم قد يختار الشق الأول ويجاب بغير ما قرره المذكور وهو أن الوجوب لا يستلزم **الإجبار** بل لنا واجب لا إجبار عليه كما علم من مواضع منها بعض مسائل المغصوب كما علم من باب الحج فذكر الوجوب على الراهن لا يغني عن ذكر إجباره فليتأمل .." (١)

"(قوله التي تبقى) إلى قوله ولا تنقص في النهاية إلا قوله أو الحسن إلى المتن وقوله لا من حيث إلى المتن (قوله أجرة حفظه) ونفقة رقيق وكسوته وعلف دابة نهاية ومغني (قوله إجماعا) تعليل للمتن (قوله إلا ما شذ به) أي في جميع الأقوال إلا في القول الذي شذ به إلخ من أنها على المرتهن (قوله الحسن البصري) اقتصر عليه النهاية والمغني (قوله ومر خبر إلخ) عطف على إجماعا فكأنه قال وللخبر المار قول المتن (ويجبر إلخ) أي حفظا للوثيقة نهاية ومغني (قوله وعمارة إلخ) أي تركها (قوله بذي الروح) أي المرهون أعم منه (قوله والاختصاص إلخ) عبارة المغني قال الإسنوي قوله ويجبر عليها إلخ حشو ولا حاجة إليه بل هو يوهم أن الإيجاب متفق عليه وأن الخلاف إنما هو **الإجبار** وليس كذلك ولو حذفه لكان أصوب نعم لو حذف الواو من قوله ويجبر زال الإيهام خاصة ا هـ وهذا ممنوع إذ كلام الروضة صريح في أن الخلاف في **الإجبار** وعدمه فقط وقد مر أن كون المؤنة على المالك مجمع عليه إلا ما حكي عن الحسن البصري ا هـ زاد النهاية ولاختصاص الخلاف بهذا أي **الإجبار** لم يفرعه على ما قبله أي على قوله ومؤنة المرهون ولم يغن إلخ ا هـ .(قوله لم يفرعه) أي فلو قال فيجبر إلخ لأفهم أن في إيجاب المؤنة خلافا أيضا وليس كذلك (ولم يغن) أي ما قبله (عنه) أي عن قوله ويجبر إلخ (قوله لما قررته) علة لقوله ولا من حيث الحكم (قوله أن رعاية إلخ) أي وحينئذ فثبوت الواو متعين ا هـ." (٢)

"(قوله بخلافهما إلخ) أي الفصد والحجامة لغير مصلحة عبارة النهاية فلو لم تكن حاجة منع من الفصد دون الحجامة قال الماوردي والروياني لخبر روي قطع العروق مسقمة والحجامة خير منه ا هـ قال ع ش قوله م ر مسقمة أي طريق للمرض وقوله م ر والحجامة خير منه لعل هذا فيما إذا لم يخبر طبيب بضررها

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣٩/١٩

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٤٠/١٩

وقد يدل عليه قوله فلو لم تكن حاجة إلخ ا هـ .(قوله حفظا لملكه) تعليل للمتن (قوله لا يجبر عليه) أي الراهن على ما ذكر من الفصد والحجامة لمصلحة (قوله كما أفاده) أي عدم **الإجبار** (قوله لأن البرء إلخ) تعليل لقوله لا يجبر عليه إلخ (قوله وبه) أي بعدم تيقن البرء بالدواء (قوله فارق) أي الدواء (قوله وكمعالجة) إلى قوله أو لا تنقص في النهاية والمغني (قوله وكمعالجة إلخ) عطف على كفصد .(قوله إن غلبت السلامة في القطع) فإن غلب التلف أو استوى الأمر إن أوشك امتنع عليه ذلك وله أي الراهن نقل المزحوم من النخل إذا قال أهل الخبرة نقلها أنفع وقطع البعض منها لإصلاح الأكثر ، والمقطوع منها مرهون بحاله وما يحدث من سعف وجريد وليف غير مرهون وكذا ما كان ظاهرا منها عند العقد كالصوف بظهر الغنم وله رعي الماشية في الأمن نهارا ويردها المرتهن أو العدل ليلا وله أن ينتجع بها إلى الكلإ ونحوه لعدم الكفاية في مكانها ويردها ليلا إلى عدل يتفقان عليه أو ينصبه الحاكم ا هـ نهاية زاد المغني والأسنى ويجوز للمرتهن الانتجاع للضرورة كما يجوز له نقل المتاع من بيت." (١)

"(قوله أو كفيل مثلا) أي : أو هو ثمن مبيع محبوس في نهاية ومغني قول المتن (عن ألف الرهن) أي : أو نحوه مما ذكر نهاية ومغني (قوله بيمينه سواء) إلى قوله كذا قالوه في المغني وإلى المتن في النهاية إلا قوله كذا قالوه (قوله سواء اختلفا في لفظه أو نيته) أي الأداء (قوله ومن ثم) أي : من أجل أن العبرة في جهة الأداء بقصد المؤدي .(قوله وقع عنه) أي : عن الدين وكان الأولى ليظهر قوله الآتي أنه لا يدخل في ملكه إلخ أن يزيد هنا ويملكه الدائن كما في المغني والنهاية (قوله وقضيته) أي : قضية إطلاق قولهم المذكور (قوله بحيث يجبر إلخ) أي : بأن كان المدفوع من جنس حقه ولا غرض له في الامتناع و (قوله وإن لا) أي : بعكس ما ذكرناه ا هـ ع ش (قوله في الثانية) هي قوله وأن لا ا هـ ع ش (قوله أنه لا يدخل إلخ) معتمد أي : ومع ذلك فالقول قول الدافع فعلى الآخذ رده إن بقي حيث لم يرض به ورد بدله إن تلف ا هـ ع ش (قوله إن مثل ذلك) أي : ما ذكر من أنه لا يدخل في ملكه إلا برضاه (قوله وقد يشمله كلام السبكي) ؛ لأن معنى قوله وأن لا صادق بما إذا كان عدم **الإجبار** لكون المدفوع من غير الجنس ولكونه أحضره بغير صفة الدين أو قبل وقت حلوله وللدائن غرض في الامتناع إلى غير ذلك ا هـ ع ش (قوله عما شاء منهما) إلى الفصل في المغني والنهاية .(قوله فإن تعذر ذلك) أي : بيان

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٤٣/١٩

الوارث (قوله من وقت اللفظ) أي : المفيد للأداء كقوله خذ هذا عن دينك وكان الأولى أن يقول من وقت." (١)

"(قوله ملك للوارث إلخ) خبر مبتدأ محذوف أي : فإنها أي : التركة ملك للوارث إلخ وكان الأخصر الواضح أن يقول بدل وحينئذ فهذا كالتركة إلخ كما أن التركة إلخ (قوله فإذا أراد إلخ) بيان لجريان التفصيل ففي مسألة الخلط (قوله إعطاءه) أي : البدل (قوله فإن كان البدل الواجب له) لعل الأنسب الأخصر فإن كان المعطي (قوله في أن كلا من التركة والمخلوط ملك الوارث إلخ) لا يخفى ما في هذا التعبير ، وكان الأولى مع الاختصار في أن كلا من التركة والمخلوط مرهون بما في الذمة أي ذمة الميت المنزل إلخ في الأول وذمة الغاصب في الثاني (قوله المنزل إلخ) نعت سببي للميت ونائب فاعله قوله وارثه (قوله وأن قولهم إلخ) عطف على أن له إلخ (قوله دون الإلزام) مصدر المبني للمفعول (قوله استنتجه) أي : عدم الفرق .(قوله من تكلفه) أي الزاعم (قوله حمله) أي الزاعم مفعول التكلف (الإعطاء) أي : جواز الإعطاء (من الغير) أي غير التركة والمخلوط (فيهما) أي : مسألتي الموت والغصب (قوله على ما إلخ) متعلق بالحمل (قوله إذا حصل تأخير) أي : في الإعطاء من التركة والمخلوط (قوله كما زعم) من الحمل المذكور (قوله ما ذكرته) أي : من **الإجبار** على القبول إذا كان الغير المعطى من الجنس وفورا أي : جنس الدين هنا وجنس المخلوط ثم وإن أمكن الإعطاء من التركة والمخلوط فورا (قوله عليها) على قضاء الدين وقبضه وقبض الوديعة .(قوله حينئذ) أي : حين وجود الوارث الحائز (قوله إذا." (٢)

"(ولو كان المبيع حنطة فخلطها) المشتري (بمثلها أو دونها) قبل الحجر أو بعده (فله) أي : البائع بعد الفسخ (أخذ قدر المبيع من المخلوط) ؛ لأن مثل الشيء بمنزلته ومن ثم جازت قسمة المختلط بمثله ولأنه سامح في الدون وأفهم قوله أخذ أنه لو طلب البيع وقسمة الثمن لم يجب أما إذا خلطها أجنبي فيضارب البائع بنقص الخلط كما في العيب (أو) خلطها (بأجود) منها (فلا رجوع في المخلوط في الأظهر) بل يضارب بالثمن فقط لتعذر القسمة ؛ لأن أخذ قدر حقه ضررا بالمفلس ومساويه قيمة ربا لا يقال شرط الربا العقد ولا عقد هنا ؛ لأنه ممنوع بأن ما أخذ من الأجود من غير النوع وهو لا بد فيه من لفظ الاستبدال وهو عقد **والإجبار** على بيع الكل والتوزيع على القيمتين بعيد ؛ إذ لا ضرورة إليه نعم لو قل الخليط بأن كان قدرا يقع به التفاوت بين الكيلين فإن كان الأكثر للبائع فواجد عين ماله أو للمشتري ففاقد

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٥٣/٢٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٨٤/٢٠

رماله وكالحنطة فيما ذكر سائر المثليات ولو اختلط شيء بغير جنسه كزيت بشيرج ضارب به كالتالف .s."
(١)

"والإجبار إلخ) رد لمقابل الأظهر (قوله إذ لا ضرورة إلخ) وقد يقال فيه ضرورة دفع ضرر البائع (قوله تعم) إلى قول المتن ولو اشترى في المغني إلا قوله أو خاطه بخيط منه وقوله أو تأخر إلى المتن وقوله أوجههما إلى وخرج وكذا في النهاية إلا قوله أو بارتفاع السوق لا بسببهما (قوله فواجد عين ماله) أي : فله الرجوع و (قوله ففاقد إلخ) أي فيضارب بالثمن فقط (قوله ضارب به) أي : فلا رجوع لعدم جواز القسمة لانتفاء التماثل نهاية ومغني .." (٢)

"(قوله المصنف ولو طرأ جنون إلخ) قد يشمل الوصي وعبارة البهجة وطارئ الجنون لا يليه ذو الحكم بل للأب أو أبيه أي : الجد قال في الشرح وسكتوا عن الوصي فيحتمل أنه كالأب والجد ويحتمل وهو الظاهر أنه لا تعود إليه الولاية ا هـ .ولو أفاق من هذا الجنون مبذرا فهل الولاية بعد الإفاقة لولي الصغر استصحابا لها كما لو بلغ مبذرا أو للقاضي فيه نظر .(قوله حسا) أي بأن حجر عليه الحاكم لتبذيره بعد بلوغه رشيدا وقوله أو شرعا أي بأن بلغ سفيها (قوله فلا ضرورة للصحة هنا فيهما) قد يجاب بأن الحاجة قد تدعو للصحة كما لو أمكن الشراء بثمن يسير ولو أخذ بعقد فاسد لزمه القيمة الأكثر من الثمن فكان اللائق الحكم بالصحة ليتمكن من التحصيل باليسير فإذا انعكس الحال بأن كانت القيمة أقل أمكنه التحيل في فساد العقد حتى لا يلزمه زيادة عليها ففي الحكم بالصحة من الرفق به المناسب لحفظ ماله المطلوب ما ليس في عدمه فليتأمل .(قوله ما يفوت على الولي) قد يقال هي وإن فوتت الإجبار لم تفوت مقصوده (قوله لصحة تدبيره) أي : إنما قيدنا بالحياة لصحته (قوله ويصوم إلخ) أي ويكفر في غير القتل بالصوم بخلاف القتل (قوله كفارة الجماع) يؤيده أن سببها فعل أيضا .(قوله ملحق بغيره) انظر المراد بالإلحاق مع أن كفارة قتل الخطأ منصوصة (قوله أنه لا يصح) أي : ؛ لأنه غير أهل لتملكه بعقد وقوله وكان الفرق إلخ وأيضا فقبوله الهبة على الفور فلو." (٣)

"لاستغنائه بماله يفيد أن المراد بالمقصود ما يحتاج إليه للنفقة بأن كان فقيرا وبغير المقصود ما لا يحتاج إليه لكونه غنيا لكن المتبادر من المقصود ما يقابل بأجرة لها وقع عادة وبغيره التافه ا هـ .(قوله

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٠/٢٨٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٠/٢٨٥

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٠/٣٥٨

ملحظه) أي : النظر كردي (قوله قولهم للولي إلخ) عبارة العباب وللولي إجبار الصبي والسفيه على الكسب ا هـ وظاهره أنه لا فرق بين الغني وغيره وبه صرح حج في الفصل الآتي ا هـ ع ش (قوله ما يفوت على الولي إلخ) قد يقال هي وإن فوتت **الإجبار** لم تفوت مقصوده ا هـ سم قضيته أنا إن قلنا بصحتها فليس له قبض الأجرة والتصرف فيه ا هـ سيد عمر (قوله ادعياها) أي : الماوردي والروياني كردي (قوله ولو بعوض) إلى قوله وبحث في النهاية والمغني (قوله ولو بعوض) أي : كالكتابة نهاية ومغني (قوله لصحة إلخ) تعليل للتقييد بحال الحياة (قوله ووصيته) أي بالعتق كما هو حق المفهوم ؛ إذ الكلام في خصوص الإعتاق ا هـ رشيدي (قوله ويصوم إلخ) أي ويكفر في غير القتل بالصوم بخلاف القتل ا هـ سم .وهذا اعتمده النهاية وفاقا للجمع المذكور لكن لم يرتض به الرشيدي وع ش .(قوله لا قتل) عمدا أو غيره ا هـ ع ش (قوله أن كفارة الظهار كالقتل) خلافا للنهاية والمغني .(قوله وككفارة القتل كفارة الجماع) خلافا للنهاية ووفاقا للمغني وشيخ الإسلام قال سم يؤيده أن سببها فعل أيضا ا هـ .وقال وهو الأقرب لعصيانه به أي : بالجماع فاستحق التغليظ عليه بوجوب الإعتاق ا هـ .(قوله الآتي)." (١)

"واحدا منهم صارحا كما عليهم فتنفذ توليته وسائر أحكامه أشار لذلك ابن عجيل وغيره .قال أبو شكيل : ولو عم الفسق واضطر لولاية فاسق فلعل الأرجح نفوذ ولايته كما لو ولاه ذو شوكة لكن لا يقبل قوله في الإنفاق ؛ لأنه ليس بولي حقيقة قال ويجوز تسليم نفقة الصبي لأمه الفاسقة بنحو ترك الصلاة المأمونة على المال لوفور شفقتها وشرطهما حرية وإسلام ولو في كافر عند الماوردي والروياني وحمل على ما إذا ترافعوا إلينا فلا نقرهم ونلي نحن أمرهم وفارق ولاية النكاح بأن القصد هنا الأمانة وهي في المسلم أقوى وثم الموالاة وهي في الكافر أقوى وخالفهما الإمام ومن تبعه وأيد بصحة وصية ذمي لذمي على أطفاله الذميين وعدالة ولو ظاهرة وينعزل بالفسق عن الحفظ والتصرف وتعود ولايته بتوبته وإفاقته بخلاف غيره وأخذ من اشتراط عدم العداوة في ولاية **الإجبار** عدمها هنا وأيد بقولهما عن جمع يشترط في الوصي عدم العداوة وفي التأييد بذلك نظر للفرق بين الأب والوصي وسيأتي في مبحث نكاح السفيه الفرق بين ما هنا وثم ، ويسجل الحاكم ما باعاه أي : يحكم بصحته من غير ثبوت عدالة ولا حاجة أو غبطة بخلاف نحو الوصي كما اقتضاه كلامهما واعتمده الإسنوي وغيره ونوزع فيه بأنه لا يلزم من إبقاء الحاكم للأب والجد

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٦١/٢٠

على ولايتهما اكتفاء بالعدالة الظاهرة اكتفاؤه بها عند التسجيل ، ألا ترى أنه يقر من بأيديهم ملك على التصرف فيه ولو طلبوا قسمته منه لم يجبهم إلا." (١)

"ونهاية (قوله وتعود إلخ) ظاهره أنه لا يتوقف على مدة الاستبراء ا هـ سيد عمر ومر عن ع ش ما يصرح بذلك (قوله وأخذ إلخ) اعتمده النهاية (قوله عدم العداوة) أي : الظاهرة ا هـ ع ش (قوله في ولاية الإجبار) أي : في النكاح (قوله عدمها هنا) أي : عدم العداوة الظاهرة في ولاية المال (قوله في الوصي عدم العداوة) أي ولو باطنة على المعتمد ا هـ ع ش (قوله ويسجل إلخ) في شرح الإرشاد الصغير ويكفي في أب وجد العدالة الظاهرة لكن لو طلبا من الحاكم أن يسجل لهما بها احتاجا إلى البينة بها على الأوجه ومعنى الاكتفاء بالظاهرة جواز ترك الحاكم لهما على الولاية وتشترط الباطنة مع عدم العداوة في وصي وقيم ا هـ سم .(قوله ولا حاجة إلخ) بالجر عطفا على عدالة (قوله وتوزع إلخ) وافقه المغني وشرح الروض والنهاية عبارتهم ويحكم القاضي بصحة بيعهما مال ولدهما إذا رفعاه إليه وإن لم يثبتا أن بيعهما وقع بالمصلحة ؛ لأنهما غير متهمين في حق ولدهما وفي وجوب إقامتهما البينة بالعدالة ليسجل لهما وجهان أحدهما لا اكتفاء بالعدالة الظاهرة كشهود النكاح والثاني نعم كما يجب إثبات عدالة الشهود ليحكم به وينبغي كما قال ابن العماد أن يكون هذا هو الأصح بخلاف الوصي والأمين فإنه يجب إقامتهما البينة بالمصلحة وبعدالتهما ا هـ قال ع ش قوله ويحكم القاضي إلخ أي : في صورة شرائهما من أنفسهما ا هـ وقال الرشيدي ، والحاصل أنه لا يتوقف الحكم بصحة بيع الأب والجد على إثبات أنه وقع." (٢)

"(ولو انهدم الجدار) بهدم هادم يضمن ولو المالك طالبه المشتري أو المستأجر بقيمة حق الوضع للحيلولة وبأرش نقص جذوعه أو بنائه إن كان لا بإعادة الجدار وإن كان الهادم له المالك تعديا كما شمله إطلاقهم ثم رأيت الزركشي قال قضية كلام المتن الجزم بأن المالك لا يجبر على إعادته وحكى الدارمي فيه القولين في إجبار الشريك على العمارة وهو ظاهر ا هـ فهو مصرح بأن ما هنا يجري فيه ما يأتي في الشريك وأصح القولين فيه عدم الإجبار وإن تعدى بالهدم فكذلك هنا فقول شيخنا في شرح الروض لم يصرحوا بوجوب إعادة الجدار على مالكه وينبغي أن يقال إن هدمه مالكه عدوانا فعليه إعادته وإن هدمه أجنبي أو مالكه وقد استهدم لم تجب لكن يثبت للمشتري الفسخ إن كان ذلك قبل التخلية ا هـ فيه نظر لما علمت أن كلام الدارمي الذي استظهره الزركشي مصرح بأنه لا تجب على المالك إعادته مطلقا كما لا يجبر

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٨٦/٢٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٩٣/٢٠

الشريك على العمارة وإن هدم تعديا ثم إن كان هدمه أو انهدم قبل بناء المستحق أو وضعه فله بعد إعادته ابتداء الوضع أو البناء أو بعد ذلك (فأعاد مالكه) باختياره أو بإجبار قاض يراه (فللمشتري) أو المستأجر (إعادة البناء) أو الوضع بتلك الآلة أو بمثلها ؛ لأنه حق ثابت له ولو لم يبنه المالك فأراد صاحب الجذوع إعادته من ماله مكن وأفهم كلامه أن المستعير ليس له الإعادة إلا بالإذن وقول الأنوار يعيد مردود بأن قياس العارية المطلقة منعه كما في التهذيب هناك .s." [1]

"(وليس له إجبار شريكه على العمارة) لنحو جدار أو بيت أو بئر وإن تعدى بهدمه ولا على سقي زرع أو شجر (في الجديد) ؛ لأن في ذلك إضرارا له وقد مر خبر ﴿ لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس ﴾ قال الرافعي وغيره وكما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة ونازع الإسنوي في القياس باندفاع الضرر هنا بإجبار الشريك على إجارتها قال إلا أن يفرع على اختيار الغزالي أنه لا يجبر ا هـ .وظاهر كلام الإسنوي اختصاص **الإجبار** على الإجارة بالزرع ولا يبعد أن يلحق به ما في معناه مما أمده قصير مثله دون نحو العمارة لطول أمدها ويأتي في القسمة ما له تعلق بذلك نعم الشريك في الوقف يجبر على العمارة على ما جزم به شارح ؛ لأن بقاء عين الوقف مقصود وبحث الزركشي تقييد القولين بمطلق التصرف فلو كان لمحجور عليه ومصلحته في العمارة وجب على وليه الموافقة ا هـ ولا يحتاج لذلك ؛ لأن القولين في **الإجبار** لحق الشريك الآخر وهنا إجبار الولي لحق المولى لا لحق الشريك الآخر .s(قوله نعم الشريك في الوقف) إن كان المراد به أحد الموقوف عليهما **فالإجبار** ظاهر إن كان هناك جهة يعمر منها الوقف كريعه وإن أريد العمارة من ماله أو أريد هناك بشريك الوقف مالك بعض ما وقف باقيه **فالإجبار** ليس بظاهر بل هو ممنوع وينبغي في المبعض إذا طلب مالك البعض موافقة الموقوف عليه الباقي أن يجب عليه بشرطه .." [2]

"ذلك إلخ (قوله هنا) أي : في زرع الأرض المشتركة (قوله بإجبار الشريك إلخ) أي على الصحيح مغني ونهاية (قوله قال) أي : الإسنوي (إلا أن يفرع) أي : القياس المذكور (قوله على اختيار الغزالي) أي : الضعيف (أنه لا يجبر) أي : على الإجارة (قوله وظاهر كلام الإسنوي) ينبغي أن يتأمل ا هـ سيد عمر (قوله على الإجارة) متعلق بالاختصاص (وقوله بالزرع) متعلق بالإجارة والباء بمعنى اللام (قوله أن يلحق به) أي : بالزرع (ما في معناه إلخ) هذا قضية إطلاق المغني والنهاية عبارتها وفي غير ذلك أي

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٦٤/٢١

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٨١/٢١

غير الأرض الموقوفة يجبر الممتنع على إجارة الأرض المشتركة وبها يندفع الضرر ا هـ .(قوله مثله) أي : مثل الزرع (قوله نعم الشريك إلخ) إن كان المراد به أحد الموقوف عليهما **فالإجبار** ظاهر إن كان هناك جهة يعمر منها الوقف كريعه وإن أريد العمارة من ماله أو أريد بشريك الوقف مالك بعض ما وقف باقيه **فالإجبار** ليس بظاهر بل هو ممنوع وينبغي في المبعض إذا طلب مالك البعض موافقة الموقوف عليه الباقي أن يجب عليه بشرطه ا هـ سم عبارة النهاية ولا يخفى أن محلهما أي القولين في غير الوقف أما هو فتجب على الشريك فيه العمارة فلو قال أحد الموقوف عليهم لا أعمر وقال الآخر أنا أعمر أجبر الممتنع عليها لما فيه من بقاء عين الوقف ا هـ .قال الرشيدي قوله م ر فتجب على الشريك أي الموقوف عليه بقرينة ما بعده أي : والصورة أن له نظرا كما لا يخفى ا هـ وقال ع ش قوله أجبر أي : والحال أن الطالب." (١)

"(قول المصنف فإن أراد إعادة منهدم بآلة نفسه لم يمنع) قال الشارح في شرح العباب قال ابن المقري أطلق الحاوي الجدار فعم الحاجز بين ملكيهما وجدار الدار المشتركة لكن قولهم ليصل إلى حقه لا يأتي في جدار البيت ؛ لأنه لا يصل بالبناء إلى حقه ؛ إذ لكل منهما منع الآخر من دخوله ا هـ .ويرد بأن هذا التعليل بالوصول إلى حقه إنما هو بالنظر للأغلب لا غير فليس قيدا كما هو المنقول كما مر فقول جمع أنه قيد طريقة ضعيفة وهو واضح مدركا بيانه إلخ ما بينه فراجعه لكن ظاهر كلامه في شرح الإرشاد اعتماد ما قاله ابن المقري ولا يخفى أن قوله وجدار الدار المشتركة يخرج جدار الدار المختصة المشتركة بين صاحبها وبين صاحب دار أخرى محيطة بها (قول المصنف منهدم) أي : جدار بخلاف الدار المشتركة فالوجه امتناع إعادته بغير إذن الآخر م ر .(قوله لا بفرض أن للطالب عليه حملا) قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ فإن قيل أساس الجدار بينهما فكيف جوزتم له بنائه بآلته وأن ينفرد بالانتفاع بغير إذن شريكه قلنا ؛ لأن له حقا في الحمل عليه فكان له الإعادة .قال الإسنوي وكلامهما يقتضي أنه لا أجرة عليه وفيه نظر ا هـ وذكر الناشري عقب ذلك عن السبكي كلاما محصله استشكال جواز الانفراد بالإعادة والانتفاع قهرا عن الشريك من جملته قوله فإن الصحيح جريان القسمة في ذلك بالتراضي عرضا في كمال الطول وبها يندفع الضرر فما الداعي إلى **الإجبار** على تمكينه من البناء على غير ملكه." (٢)

"البناء بآلة نفسه وإن لم يمتنع الأسفل منه ومثله الشريك في الجدار المشترك ونحوه وهو كذلك ا هـ .(قوله وهدمه) عطف على السكن (قوله الأعلى) أي : صاحب العلو (قوله له) أي للأسفل (قوله

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٨٣/٢١

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٨٧/٢١

مطلقا) أي : بنى الأعلى علوه أم لا (قوله وعدمه) أي : عدم امتناعه (قوله لها) أي للإعادة (وقوله لهما) أي : للهدم والتملك قول المتن (وينقضه إذا شاء) ظاهر إطلاقه أنه لا يلزم المعيد أجرة الأس لشريكه ويحتمل خلافه حيث كان الأس يقابل بأجرة وهو الظاهر الذي ينبغي اعتماده ا هـ ع ش .وفي سم قال الإسنوي وكلامهما يقتضي أنه لا أجرة عليه وفيه نظر ا هـ وذكر الناشري عن السبكي كلاما محصله استشكال جواز الانفراد بالإعادة والانتفاع قهرا على الشريك من جملته قوله فإن الصحيح جريان القسمة في ذلك بالتراضي عرضا في كمال الطول وبها يندفع الضرر فما الداعي إلى **الإجبار** على تمكينه من البناء على غير ملكه ويبقى البناء بلا أجرة في أرض الغير من غير إعارة منه ولا إجارة ولا بيع هذا بعيد من القواعد ا هـ وهو صريح في أنه على كلامهم لا أجرة فليتأمل ا هـ .(قوله : لأنه) إلى قوله خلافا في المغني (قوله خير الباني) كذا في الروض أي : والمغني ا هـ سم (قوله لشارح إلخ) تبعه م ر ا هـ سم عبارة السيد عمر قوله لما وقع لشارح قد يقال إن كان الشارح المذكور يمنعه من نقضه إذا شاء فهو مخالف لصريح المنقول وإن لم يمنع فلا منافاة بين قوله ببقاء حقه كما كان وبين القول بالتخيير ولهذا جمع بينهما." (١)

"(قول المصنف فلهما) أي اليدين بدليل مقابلته لقوله فله اليد (قوله فإن ثبت لأحدهما لم تنزع) ينبغي أن يقال أو جعل بينهما كما هو ظاهر وفي شرح الروض فإذا حلف بقيت الجذوع بحالها لاحتمال أنها وضعت بحق من إعارة أو إجارة أو بيع أو قضاء قاض يرى **الإجبار** على الوضع والذي ينزل عليها منها الإعارة ؛ لأنها أضعف الأسباب فلمالك الجدار قلع الجذوع بالأرش أو الإبقاء بالأجرة ا هـ .وفيه أمران أحدهما أن قوله فإذا حلفا بألف التثنية يقتضي فرض الكلام فيما إذا حلف كل منهما فينافي قوله فلمالك الجدار ؛ لأنه إذا حلف كل منهما كان بينهما فما معنى قوله فلمالك الجدار والثاني أنه إذا حلف كل منهما كانا مشتركين فيه وقد قدم أن جذوع الشريك يمتنع قلعها بالأرش كما نقلناه عنه عند قول المتن وفائدة الرجوع إلخ فقوله هنا أن له القلع بالأرش مناف لذلك هذا كله إن ثبت عنه حلفا بألف التثنية ويحتمل أنه حلف بالإفراد أي : أحدهما وهو غير صاحب الجذوع وحينئذ يندفع الأمر الأول وكذا الثاني من هذه الجهة لكنه يرد حينئذ من جهة أخرى ؛ لأن صاحب الجذوع حينئذ أجنبي وقد قال فيه هو والروض ما نصه وإن وجدناه أي الجذع موضوعا على الجدار ولم يعلم كيف وضع فالظاهر أنه وضع بحق فلا ينقض ويقضى له

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٩٢/٢١

باستحقاقه دائما إلخ ا هـ .فقوله هنا بجواز القلع مع الأرش مناف لذلك موافق لما قاله الفوراني ومن تبعه وبالجملة فالوجه فيما هنا أيضا أو يقضي باستحقاقه أبدا." (١)

"ثانيه مهموزا ا هـ (قوله وأمره إلخ) عبارة المغني والأسنى وخبر مسلم ﴿ أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة ﴾ ا هـ .(قوله بالمؤاجرة) بالهمز ويجوز إبدال الهمز واوا لكونه مفتوحا بعد ضمة ا هـ ع ش (قوله إليها) أي الإجارة (قوله أي المؤجر) إلى قوله لأن بيعه في المغني وإلى قوله وفرق في النهاية قول المتن (كبائع ومشتر) أي كشرطهما وعلم من قوله كبائع أن الأعمى لا يكون مؤجرا وإن جاز له إجارة نفسه ا هـ مغني زاد سم عن الزركشي وكذا للغير أن يستأجر ذمة الأعمى ؛ لأنها سلم ا هـ زاد ع ش وقياس ما في السلم من جواز كونه مسلما ومسلما إليه جواز أن يلزم ذمة الغير هنا أيضا ا هـ .(قوله نعم يصح استئجار إلخ) استثناء من طرد المتن و (قوله الآتي ويصح بيع السيد إلخ) من عكسه (قوله لكنها مكروهة إلخ) أي إجارة العين سم و ع ش (قوله ومن ثم أجبر إلخ) مجرد الكراهة لا يستلزم الإجبار فكان الأولى أن يقول ومع ذلك يجبر على إيجاره ا هـ ع ش (قوله على إيجاره إلخ) ولو لم يفعل وخدمه بنفسه استحق الأجير المسماة ا هـ ع ش (قوله وإيجار سفيه إلخ) عطف على استئجار إلخ (قوله لما لا يقصد إلخ) بأن يكون غنيا بماله عن كسب يصرفه على مؤنته أو مؤنة ممونه ا هـ ع ش (قوله فآجر أحدهما الآخر أرضا) حاصله أن أحدهما استأجرها لنفسه من الآخر (قوله وفرق بينه) أي بين عدم الصحة المذكور بقوله وإلا فلا (قوله لأحدهما إلخ) استئناف بياني ، ولو قال حيث صح." (٢)

"(قوله : أي الشركاء) إلى قوله ؛ لأن حافة النهر في النهاية قول المتن (مهايأة) منصوب إما على الحال من المبتدأ وهو القسمة بناء على صحة الحال منه كما ذهب إليه سيبويه وغيره أو على أنها مفعول بفعل محذوف بتقدير ويقسم مهايأة ويجوز كون القسمة فاعلة بالظرف بناء على قول من جوز عمل الجار بلا اعتماد وهم الكوفيون وعليه فينصب مهايأة على الحال من الفاعل مغني ونهاية أقول : ويجوز كونها حالا من فاعل الظرف المستتر الراجع إلى المبتدأ بل هو لكونه محل وفاق أحسن .(قوله : قال الزركشي وتتعين المهايأة إلخ) يؤخذ منه أن المهايأة متعينة في قسمة ماء البئر المشتركة المتعذر قسمتها وهذا إن لم يكن للأصحاب – رحمهم الله – نقل في كيفية قسمة ماء البئر فإن ظفر بنقل فهو المتبع والله أعلم .ا هـ .سيد عمر (قوله : لبعد أرض بعضهم إلخ) أي ؛ لأن الأقرب يحصل له زيادة .ا هـ .سم (قوله : ونحو

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١١٨/٢١

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٥٧/٢٤

ار خشبة) عطف على قوله المهايأة (قوله : إذا كانت القناة إلخ) يتأمل ؛ لأن المهايأة إنما تكون بالتراضي ومعه لا نظر للتفاوت كما تقدم في قوله ولا نظر إلخ .ا هـ .سيد عمر عبارة ع ش قوله : فتمتنع المهايأة هذا قد يخالف ما مر في قوله ولا نظر لزيادة الماء ونقصه معه التراضي إلا أن يقال المراد بالامتناع هنا عدم **الإجبار** على ذلك فلا منافاة لكن يرد على ذلك أن المهايأة لا إجبار فيها ، فالأولى أن يقال يصور ذاك بزيادة تارة من اعتياد كتحرك هواء أو نحوه وما هنا بما." (١)

"عهدت الزيادة تارة والنقص أخرى من غير اعتياد وقت بخصوصه للزيادة وآخر للنقص .ا هـ .وحاصله أن ما مر في الزيادة المحتملة وما هنا في الزيادة المحققة المعلومة بالعادة ومقتضاه امتناع المهايأة حينئذ ولو مع التراضي من الجانبين ، ولعل وجهه الجهل بمقدار الزائد وعدم انضباطه وفيه ما لا يخفى فالأولى حمل مقالة الزركشي على **الإجبار** فيما إذا تنازعوا وضاق الماء كما مر في الشرح تقييد كلام المصنف بذلك .(قوله : قبل المقسم) بكسر السين عبارة النهاية وليس لأحدهم توسيع فم لنهر ولا تضييقه ولا تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء ولا تأخيره ولا غرس شجرة على حافته بدون رضا الباقين كسائر الأملاك المشتركة .ا هـ .زاد المغني ولا بناء قنطرة ورحى عليه .ا هـ .(قوله : حينئذ) أي حين إذ تفاوتت أراضيهم بالانخفاض والارتفاع (قوله : الأصلية) صفة للنهر والتأنيث هنا وفي قوله فإن عمرها بتأويل العين (قوله : ومن ثم) أي من أجل اشتراط عدم الضرر (قوله : امتنع عليه) أي الأعلى (قوله : في العليا) متعلق بإجراء الماء (خاتمة) في المغني والنهاية لا يصح بيع ماء البئر والقناة منفردا عنهما لأنه يزيد شيئا فشيئا ويختلط المبيع بغيره فيتعذر التسليم فإن باعه بشرط أخذه الآن صح ولو باع صاعا من ماء راكد صح لعدم زيادته أو من جار فلا ؛ لأنه لا يمكن ربط العقد بمقدار مضبوط لعدم وقوفه ولو باع ماء القناة مع قراره والماء جار لم يصح البيع في الجميع للجهالة وإن." (٢)

"تلك ليست نظير مسألتنا ؛ لأنها ترجع إلى حفظ النفس تارة كمرضعة تعينت والمال أخرى كوديع تعين وما هنا إنما هو إجبار لمحض عبادة وهي يغتفر فيها ما لا يغتفر فيهما فإن قلت عهدنا **الإجبار** بالأجرة للعبادة كتعليم الفاتحة بالأجرة قلت يفرق بأن ذاك أمر يدوم نفعه بفعل قليل لا يتكرر بخلاف ما هنا فإنه يلزم تكرر **الإجبار** بل دوامه ما بقيت الحياة وهذا أمر لا يطاق فلم يتجه إيجابه فإن رفعا الأمر للحاكم في شيء من ذلك أعرض عنهما إلى أن يصطلحا على شيء يتفقان عليه أخذا مما ذكروه أواخر

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠٤/٢٥

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠٥/٢٥

العارية بل أولى فتأمل ذلك فإنه مهم فإذا اجتمع معها ولد وأخوان فالحاجب لها الولد فقط ؛ لأنه أقوى (وجدة) فأكثر لما صح ﴿ أنه صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس وأنه قضى به للجدتين ﴾ (ولبنت ابن) فأكثر (مع بنت صلب) أو بنت ابن أعلى منها إجماعا (ولأخت أو أخوات لأب مع أخت لأبوين) قياسا على الذي قبله (ولواحد من ولد الأم) ذكرا أو أنثى وقد يرث بعض المذكورين بالتعصيب كما يعلم مما يأتي .s." (١)

"لا يعتق فلمالكه ا هـ وزاد النهاية لكن المعتمد في الشق الأخير بطلان الوصية كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى ا هـ قال ع ش قوله لكن المعتمد أي على ما قاله السبكي وإلا فما قاله السبكي بشقيه ضعيف ا هـ .(قوله وقضيته) أي الفرق صحة إلخ وهو متجه ؛ لأنه يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع نهاية ومغني وشرح الروض قال ع ش قوله (وهو متجه إلخ) هذا مخالف لما في الوقف من أنه لو قال وقفت على زيد ثم على العبد نفسه ثم على الفقراء كان منقطع الوسط إلا أن يقيد ما في الوقف بما إذا استمر رقه ا هـ .(قوله وقصد تمليكه) جملة حالية على تقدير قد أو مصدر منصوب على أنه مفعول معه (قوله ويقبلها هو) إلى قول المتن وإن أوصى لدابة في النهاية إلا قوله على أحد احتمالين إلى ويظهر وقوله أو معه وكذا في المغني إلا قوله ويظهر إلى ؛ لأن الخطاب وقوله قاله الزركشي إلى والعبرة .(قوله لا سيده) عطف على هو من قوله ويقبلها هو (قوله لم يصح) أي قبوله بالإجبار (قوله لا سيده) أي وإن مات العبد كما قاله في شرح الإرشاد ا هـ سم (قوله عليه لم يصح) أي القبول (قوله يجبر على القبول إلخ) أي والراجح أنه إن امتنع من القبول والرد خيره الحاكم بينهما فإن أبى حكم عليه بإبطال الوصية ا هـ ع ش .(قول المتن فله) أي وإن قصد الموصي السيد وقتها فلا نظر إلى ذلك حيث صار حرا ا هـ ع ش (قوله ؛ لأنها تمليك إلخ) ويؤخذ من هذا التعليل أنه لو عتق بوجود صفة قارنت موت." (٢)

"يقال إنه اغتفر للضرورة وإن أمكن بيع أحدهما من الآخر (قوله ؛ لأنه لا يدري إلخ) بهذا يفارق بحثه الإجبار فيما بعده (قوله وقد يفهم المتن إلخ) المتن ذكر بيع العين وهذا بيع المنفعة (قوله وهو كذلك) نقل ذلك في شرح الروض عن حكاية الزركشي له عن جزم الدارمي ولك أن تقول إنما لم يصح بيع الرقبة من غير الموصى له لعدم الانتفاع بها وحدها والمنفعة ينتفع بها باستيفائها فالمتجه صحة بيعها من غير الوارث أيضا فإن قلت هي مجهولة لعدم العلم بقدر مدتها قلت لو أثر هذا لامتنع بيع رأس الجدار

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٧/٨٥

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٧/٣٤٠

أبدا مع أنه صحيح ولا يملك به عين فليتأمل وبذلك يندفع قوله الآتي ولأن قضية الجواب الأول إلى ولم يقولوا به وقوله ونظيره إلخ انظر التنظير في ماذا ولينظر ما تقدم في الإجارة من عدم صحة إيراد لفظ البيع على المنفعة إلا أن يراد بالبيع هنا إيراده بلفظ الإيجار .(قوله ونظيره إلخ)كان المراد في صحة إيراد لفظ البيع على المنفعة المؤبدة (قوله والمنفعة هنا ليست كذلك) قد يقال يمكن إيجارها مدة بعد أخرى إلى استيفاء الحق (قوله أن أولادها أرقاء) قياس ذلك أنه يمتنع على الحر تزويجها إلا بشرط نكاح الأمة ؛ لأن العلة علة منع نكاح الأمة خوف رق الولد وهي موجودة (قوله فعلم أن الوجه هو الأول) م ر به أفتى شيخنا الشهاب الرملي (قوله أو مدة مجهولة) عبارة العباب قالوا أو سنة غير معينة انتهى ، وتقدم أن إطلاق السنة يحمل على الأولى فليتأمل (."[1]

"بيعهما لثالث كما تقدم إلا أن يقال إنه اغتفر للضرورة وإن أمكن بيع أحدهما من الآخر ا هـ سم عبارة ع ش قد يشكل هذا مع صحة البيع منهما مع جهل كل بما يخصه من الثمن ، وقد يجاب بأن اجتماعهما رضا منهما بالضرر المترتب على صحة البيع من التنازع ولا يلزم من جوازه بالاختيار **الإجبار** عليه ا هـ .(قوله ؛ لأنه لا يدرى إلخ) بهذا يفارق بحثه **الإجبار** فيما بعده ا هـ سم (قوله إن رضي) أي الموصى له به أي بشرائه (قوله تخليصا له من ذل بقائه في ملكه الموجب إلخ) محل تأمل ففي أصل الروضة فيملك يعني الموصى له إثبات اليد على العبد الموصى بمنفعته وبه جزم الروض ، وأقره شارحه من غير تقييد بوقت الانتفاع ا هـ سيد عمر (قوله ما مر) أي في الشرط الخامس للبيع (قوله بأن كلا من القنين إلخ) أقول وبأن الضرورة في الجملة هنا دعت إلى المسامحة بذلك كما في اختلاط حمام البرجين ولا ضرورة بوجه في بيع العبدين ا هـ سيد عمر وقد مر عن سم مثله (قوله مثلا) الأولى ذكره عقب قوله السابق عبديهما (قوله بخلاف أحد المبيعين إلخ) لعل المراد بذلك الأحد الرقبة (قوله وخرجت) أي الأرض (قوله فقد يستغرقها) أي المعين الأجرة (قوله فيكون الجميع) أي جميع الغلة للموصى له أي فيخالف مفهوم من بلا معارض له (قوله في ثم وصاياه إلخ) أي في شرحه وقوله أنه يشمل الوصية بالثلث وتكون إلخ بيان لما تقدم (قوله فظاهر كلام بعضهم صحة الوصية) وعلى هذا فيفرق بينه وبين ما لو." (٢)

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٠٣/٢٨

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١١١/٢٨

"ثم فتفطن له واشتراط أن لا تتضرر به لنحو هرم ، أو عمى وإلا فسخ ، وأن لا يلزمها الحج وإلا اشترط إذنها لئلا يمنعها الزوج منه ضعيفان بل الثاني شاذ لوجود العلة مع إذنها (ويستحب استئذانها) أي البالغة العاقلة ولو سكرانة تطييبا لخاطرها وعليه حملوا خبر مسلم ﴿ والبكر يستأمرها أبوها ﴾ جمعا بينه وبين خبر الدارقطني السابق أي بناء على ثبوت قوله فيه يزوجها أبوها الصريح في **الإجبار** وقد نازع فيه الشافعي رضي الله عنه لكن المحرر في محله أن زيادة الثقة مقبولة ، وإن انفرد بها فتعين للجمع الحمل المذكور أما الصغيرة فلا إذن لها وبحث ندبه في المميزة لإطلاق الخبر ؛ ولأن بعض الأئمة أوجبه ويسن أن لا يزوجها حينئذ إلا لحاجة أو مصلحة ، وأن يرسل لموليته ثقة لا تحتشمها والأم أولى ليعلم ما في نفسها." (١)

".(قوله والحاصل إلخ) انظر مطابقة هذا الحاصل لما تقدم عن التتمة وابن عجيل من اعتبار دعوى نكاح جديد وعن إفتاء البعض من اعتبار دعوى نكاح مفصل ثم رأيت م ر تبع الشارح في ذلك فأوردت عليه أنه لا مطابقة بين هذا الحاصل وما ذكر قبله لما بينته فلم يجب بمقنع بل قال يحمل هذا الحاصل على ما تقدم (قوله ، وإن لم يل المال إلى قوله ؛ لأن العار عليه إلخ) قضية ذلك أن الثيب البالغة التي طرأ سفهها بعد البلوغ لا يزوجها إلا الأب (قوله : ويساره بمهر المثل على المعتمد إلخ) ويساره بحال صداقها عليه شرح م ر قوله وكيله إلخ)كذا م ر (قوله : وكيله) ينبغي أن محله ما لم يعين الولي له الزوج فإن عينه لم تؤثر عداوته م ر (قوله : ولجواز) عطف على لصحة (قوله : لوجود العلة) أي منع الزوج (قوله : الصريح في **الإجبار**) يتأمل .." (٢)

"شيخنا أنه لا حاجة إلى ما قاله ؛ لأن انتفاء العداوة بينها وبين الولي يقتضي أن لا يزوجها إلا ممن يحصل لها منه حظ ومصلحة لشفقته عليها ا هـ مغني (قوله : بينها وبينه) أما مجرد كراهتها له من غير ضرر فلا يؤثر لكن يكره لوليها أن يزوجها منه كما نص عليه في الأم مغني ونهاية (قوله : وعدم عداوة ظاهرة إلخ) الظاهر أن المدار على ثبوت العداوة وانتفائها من جانب الولي لا من جانبها حتى لو كان يحبها ، وهي تعاديه كان له **الإجبار** وفي عكسه ليس له فتأمل ا هـ سيد عمر (قوله إن انتفاء هذه) أي العداوة بينها وبين الأب (قوله : في مبحثها) أي العدالة وقوله أنها أي العداوة (قوله : وألحق الخفاف) أي في الشروط المذكورة ا هـ ع ش (قوله : وكيله) ينبغي أن محله ما لم يعين الولي له الزوج فإن عينه لم

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٤٩/٢٩

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٥٠/٢٩

تؤثر عداوته م ر ا هـ سم .(قوله : وعليه) أي الإلحاق (قوله : لا يشترط ظهورها) أي بل يكون مجرد العداوة مانعا وقوله لوضوح الفرق إلخ ، وهو أن شفقة الولي تدعوه لرعاية المصلحة ولو مع العداوة الباطنة بخلاف الوكيل فإنه لا شفقة له فربما حملته العداوة على عدم رعاية المصلحة ا هـ ع ش (قوله : ولجواز إلخ) عطف على لصحة إلخ أي ويشترط لجواز إلخ ا هـ سم (قوله : أن محل ذلك) أي اشتراط جواز المباشرة بالحلول ونقد البلد (قوله : وإلا جاز بالمؤجل) ومنه ما يقع الآن من جعل بعض الصداق حالا وبعضه مؤجلا بأجل معلوم فيصح ا هـ ع ش (قوله : واشتراط إلخ) نقل في المغني." (١)

"هذين الشرطين مع بقية الشروط عن ابن العماد ولم يتعقبه إلا أنه لم يذكر في الأول منهما ما زاده الشارح بقوله وإلا فسخ واقتضى كلامه أنهما من شروط الجواز لا الصحة ا هـ سيد عمر (قوله : واشتراط إلخ) مبتدأ خبره ضعيفان والتثنية باعتبار ملاحظة المضاف في المعطوف ، وهو أن لا يلزمها (قوله : وإلا فسخ) ضعيف ا هـ ع ش (قوله : لوجود العلة) أي منع الزوج لها من الحج ا هـ سم (قوله : أي البالغة) إلى الفرع في النهاية إلا قوله أي بناء إلى أما الصغيرة (قوله سكرانة) لعل المراد بها من هي في أول نشوة السكر وإلا فكيف يحصل المقصود من تطييب خاطرها فليتأمل ا هـ سيد عمر .(قوله : تطييبا لخاطرها) وخروجا من خلاف من أوجبه وكان وجه عدم ذكره لهذا التعليل هنا وذكره فيما يأتي في الصغيرة غرابته ثم وشهرته هنا ا هـ سيد عمر ولك أن توجهه بكونه معلوما مما يأتي بالأولى (قوله : وعليه) أي الندب (قوله : على ثبوت قوله) أي الدارقطني ويحتمل أن الضمير للنبي وقوله فيه أي الخبر السابق وقوله يزوجها أبوها بدل من قوله يعني على ثبوت صدور هذا القول عنه صلى الله عليه وسلم وانظر لم أسقط لفظة والبكر (قوله : الصريح في الإجبار) يتأمل سم أقول وجهه واضح ؛ لأن كونه مزوجا لها لا ينافي اشتراط الإذن كما في الحواشي ا هـ سيد عمر أقول لا يبقى حينئذ لقوله والبكر بعد قوله الثيب أحق إلخ فائدة مع أن القصد بالحديث بيان الفرق بين الثيب والبكر (قوله : فتعين للجمع." (٢)

"إلخ) فيه أنه مبني على التنافي المبني على أن يزوجها أبوها صريح في الإجبار وقد علم ما فيه ا هـ سيد عمر وقد مر ما فيه (قوله : وبحث ندبه إلخ) عبارة المغني والأسنى ويسن استفهام المراهقة ا هـ .(قوله : ويسن) إلى الفرع في المغني إلا قوله إلا لحاجة ، أو مصلحة (قوله : أن لا يزوجها) أي البكر

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٥٣/٢٩

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٥٤/٢٩

حينئذ أي حين إذ كانت صغيرة ا هـ ع ش (قوله ثقة) عبارة المغني نسوة ثقات ينظرن ما في نفسها ا هـ (قوله والأم أولى) ؛ لأنها تطلع على ما لا يطلع عليه غيرها ا هـ مغني." (١)

"(قول المتن وليس له تزويج ثيب إلخ) فرع خلق لها قبلان فينبغي أن يقال إن كانا أصليين زالت البكارة بوطء أحدهما وحصل الدخول به حتى يستقر المهر ، أو أحدهما زائدا وتميز فالمدار في زوال البكارة وحصول الدخول على الأصلي ، وإن اشتبه فالمدار في ذلك عليهما فلا ينتفي إجبار الولي بوطء أحدهما ؛ لأن إجباره ثابت فلا يزول بالاحتمال ا هـ سم وفي ع ش عن الزيادي ما يوافقه (قوله : لما مارست الرجال) أي بوطء قبلها لما يأتي أن الوطء في الدبر لا يمنع من **الإجبار** ومع ذلك هو جرى على الغالب لما يأتي أيضا في وطء القرد مثلا ا هـ ع ش (قوله : وليس هو اسمه) أي الأصلي (قوله تقدم له) أي لعل المراد فقط عاقلة إلى قوله وقضيته في النهاية وكذا في المغني إلا قوله بل أولى وقوله وإيراد الشبهة إلى المتن (قوله : حرة) كان ينبغي التقييد بهذا أيضا فيما تقدم في قوله وليس له إلخ ا هـ سم أي وفيما يأتي في قوله وتزوج الثيب إلخ (قوله : فيزوجها السيد) وكذا وليه عند المصلحة ا هـ مغني .(قوله : مطلقا) أي ثيبا ، أو غيرها صغيرة ، أو كبيرة ا هـ ع ش أي عاقلة ، أو مجنونة (قوله : أو عدم أهليته) أي لعداوة ظاهرة مثلا (قوله : بل أولى) قد يقال ما وجه الأولوية فإن الولادة والعصوبة في الأب بلا واسطة وفيه بواسطة الأب ومن ثم يقدم عليه هنا وفي الإرث وغير ذلك وأما توليه للطرفين الآتي فلولايته على صاحبيهما دون كل من الأبوين لا لأولويته فليتأمل ا هـ سيد عمر (قوله :." (٢)

"إبطال النكاح بل لو شهدت أربع نسوة بثيوبتها عند العقد لم يبطل لجواز إزالتها بأصبع ، أو نحوه أو أنها خلقت بدونها كما ذكره الماوردي والروياني ، وإن أفتى القاضي بخلافه نهاية ومغني وشرح الروض قال ع ش قوله : وتصدق المكلفة في دعوى البكارة أي فيكتفى بسكوتها وتزوج **بالإجبار** وقوله ولو فاسقة شمل ذلك ما لو زوجت بشرط البكارة وادعى الزوج بعد العقد والدخول أنه وجدها ثيبا ؛ لأن الأصل عدم ما ادعاه وبتقدير أنه وجدها كذلك جاز أن يكون زوالها بحدة حيض ، أو نحوه فهي بكر ولو لم توجد العذرة ا هـ .(قوله : وأصبع) ونحوه ا هـ مغني (قوله : ولا لوطئها في الدبر) أي ، وإن زالت بكارتها بسببه ا هـ ع ش وكان الأولى الأخصر وبوطء في الدبر (قوله : ؛ لأنها لم تمارس إلخ) تعليل لما في المتن والشرح جميعا فالنفي راجع للمقيد وقيده معا (قوله وقضيته) أي التعليل (قوله : أن الغوراء إلخ) ، وهي

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٥٥/٢٩

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٥٩/٢٩

اﻟﺘﻲ بكارتها داخل الفرج ا هـ شرح الروض (قوله : إذا وطئت في فرجها ثيب إلخ) والأرجح خلافه بل هي كسائر الأبكار وكنظيره الآتي في التحليل نهاية ومغني (قوله : ثم) أي فيما يأتي في التحليل (قوله : لأجله) أي لأجل التنفير عنه (قوله : وهو هنا كذلك) أي وزوال الحياء في الغوراء المذكورة بالوطء ، أو المعنى والأمر في الغوراء المذكورة أنها مزالة الحياء بالوطء (قوله ورشح) الأولى وخيل (قول المتن كأخ وعم) أي لأبوين ، أو لأب وابن كل منهما مغني ونهاية (قول المتن بحال." (١)

"(قوله : بعد فقد عصبة) إلى قوله والمكاتبة في النهاية والمغني (قول المتن ما دامت حية) دخل فيه ما لو جنت المعتقة وليس لها أب ولا جد فيزوج عتيقتها السلطان ؛ لأنه الولي للمجنونة الآن دون عصبة المعتقة من النسب كأخيها وابن عمها إذ لا ولاية لهم على المعتقة الآن ا هـ ع ش (قوله : تبعا للولاية عليها) يؤخذ منه أنه لو لم يكن عليها ولاية كالثيب الصغيرة العاقلة لم يزوج عتيقتها وصورة عتيقة الصغيرة أن يعتق وليها أمتها عن كفارة القتل سم ، وهو محل تأمل إذ الولاية في هذه الصورة المذكورة لم تنتف وإنما المنتفي خصوص الإجبار ولا يلزم من انتفائه انتفاؤها فالحاصل أن الذي يتجه في هذه الصورة أن الولي يزوجها والفرق بينها وبين ما يأتي على ما فيه واضح إذ تلك يتوقف تزويجها على إذن سيدتها بخلاف العتيقة ا هـ سيد عمر أقول ما ذكره سم سيصرح به قول الشارح كالنهاية والمغني فإن كانت عاقلة صغيرة إلخ على طريق المذهب لا البحث وأيضا قوله أي السيد عمر إذ الولاية إلخ ظاهر المنع لما مر أن الثيب لا بد من صريح إذنها والصغيرة لا إذن لها (قوله ويكفي سكوتها) أي العتيقة سم و ع ش (قوله زوجها) أي الولي الكافر وكذا ضمير لا يزوجها (قوله زوجها) أي مع أنه لا يزوجها وقوله لا يزوجها أي مع أنه يزوجها ا هـ سم (قوله ووليها كافر) كذا في أصله وهو صحيح وإن كان الأنسب بسابقه كافرا فلعله قصد التفنن ا هـ سيد عمر (قوله إذ لا ولاية إلخ) أي فلا فائدة له." (٢)

"هذا) أي فمثل الشاهد الفاسق حين عموم الفسق القريب الفاسق .(قوله : أما الإمام الأعظم إلخ) محترز قوله غير الإمام الأعظم ثم هو إلى قوله قال جمع في المغني وإلى المتن في النهاية إلا قوله : قال جمع إلى " والصبي " (قوله : فيزوج بناته) لو كن أبكارا هل يجبرهن لأنه أب جائز التزويج أو لا ولا بد من الاستئذان لأن تزويجه بالولاية العامة لا الخاصة ؟ فيه نظر ومال م ر إلى الأول ا هـ سم لكن مقتضى قوله إن لم يكن لهن ولي خاص الثاني وذلك لأنه اشترط في تزويجه فقد القريب العدل بأن لا يكون لها

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٦١/٢٩

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٨٧/٢٩

أخ ونحوه فتمحض تزويجه بالولاية العامة وهي لا تقتضي **الإجبار** بل عدمه ا هـ ع ش عبارة البجيرمي المعتمد أنه لا يكون مجبرا فلا يزوج بنته الصغيرة ولا الكبيرة إلا بإذنها ا هـ .(قوله : بالولاية العامة) متعلق بالمسألتين ا هـ رشيدي (قوله : زوج حالا) أي وإن لم يشرع في رد المظالم ولا في قضاء الصلوات مثلا حيث وجدت شروط التوبة بأن يعزم عزما مصمما على رد المظالم ا هـ ع ش (قوله : وبينهما واسطة) فإن العدالة ملكة تحمل على ملازمة التقوى ، والصبي إذا بلغ ولم يحصل له تلك الملكة لا عدل ولا فاسق ا هـ مغني (قوله : ولذا) أي لأن الشرط عدم الفسق لا العدالة (قوله : المستور إلخ) وأصحاب الحرف الدنيئة يلون كما رجح في الروضة القطع به محلى ونهاية ومغني (قوله : والصبي إلخ) عطف على " المستور " (قوله : ولم يصدر منهما) مفسق أي فهما من تلك الواسطة لا يتصفان بفسق ولا." (١)

"(ويلزم المجبر) أي الأب والجد وإن لم يكن لهما **الإجبار** في بعض الصور الآتية ومثله الحاكم عند عدمه أي أصلا أو بأن لم يمكن الرجوع إليه نظير الخلاف السابق في التحكيم (تزويج مجنونة) أطبق جنونها (بالغة) ولو ثيبا محتاجة للوطء نظير ما يأتي أو للمهر والنفقة وحذفه لأن البلوغ مظنته غالبا فاكتفى عنه به (ومجنون) أطبق جنونه بالغ (ظهرت حاجته) بظهور أمارات توقانه بدورانه حول النساء أو بتوقع الشفاء بقول عدلي طب أو باحتياجه لمن يخدمه وليس له نحو محرم يخدمه ومؤن النكاح أخف من ثمن أمة ومؤنها ولا نظر إلى أن الزوجة لا يلزمها خدمته لاعتياد النساء لذلك ومسامحتهن به غالبا بل أكثرهن يعد تركه رعونة وحمقا وذلك للحاجة واكتفي بها فيها لا فيه بل اشترط ظهورها لأن تزويجها يفيدها المهر والمؤن وتزويجه يغرمه إياهما كذا قيل وفيه نظر بل المناط فيهما الحاجة لا غير كما يصرح به كلام الروضة وأصلها فإنهما قيدا فيهما بالحاجة بظهور أمارات التوقان لكن يلزم من ظهوره فيه ظهورها بخلافه فيها للحياء الذي جبلن عليه فمن ثم ذكر الظهور فيه دونها أما إذا تقطع جنونهما فلا يزوجان حتى يفيقا ويأذنا وتستمر إفاقتهما إلى تمام العقد كذا أطلقوه وهو بعيد إن عهدت ندرتها وتحققت الحاجة للنكاح فلا ينبغي انتظارها حينئذ ويؤيده ما مر في أقرب ندرت إفاقته وعلم مما مر أن هذا في غير البكر بالنسبة للمجبر (لا صغيرة وصغير) فلا يلزمه تزويجهما." (٢)

"موليهم فيما يظهر وله احتمال أنا إن قلنا تزويج الحاكم بالولاية أقرع أو بالنيابة فلا كالوكلاء أي عن شخص واحد ا هـ ومر أنه بنيابة اقتضتها الولاية وعليه فلا يأتي هذا الاحتمال (فلو زوج غير من خرجت

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٢/٣٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٦٥/٣٠

قرعته وقد أذنت لكل منهم) كره إن كان القارع الإمام أو نائبه و (صح) النكاح (في الأصح) لأن القرعة قاطعة للنزاع لا سالبة للولاية ولو بادر قبل القرعة صح قطعا ولا كراهة .(تنبيه) : ظاهر هذا الصنيع أن الكراهة إنما هي لجريان وجه بالبطلان ، وعدمها لعدم جريانه وحينئذ فلا ينافي هذا ما مر من وجوب القرعة لأن ذاك إنما هو من حيث قطع النزاع وعدمه لكن في الجمع بين وجوبها وعدم توقفها على الإمام ونائبه نظر إذ لا يصلح **الإجبار** عليها إلا منه ويجاب بحمل عدم توقفها عليه على ما إذا اتفقوا على فعلها وإلا فالوجه رفع الخاطب الأمر إليه ليلزمهم بها .s." (١)

"(قول المتن : والأصح أن اليسار إلخ) وعليه لو زوجها وليها **بالإجبار** بمعسر بحال صداقها عليه لم يصح النكاح كما مر وليس مبنيا على اعتبار اليسار كما قاله الزركشي بل لأنه بخسها حقها فهو كما لو زوجها من غير كفء ولا يعتبر الجمال والبلد قال في الروضة وليس البخل والكرم والطول والقصر معتبرا قال الأذرعي وفيما إذا أفرط القصر في الرجل نظر وينبغي أن لا يجوز للأب تزويج ابنته ممن هو كذلك فإنه مما تتعير به المرأة نهاية ومغني قال ع ش قوله : وليس البخل إلخ معتمد وقوله : مما تعير به المرأة أي ومع ذلك لو وقع صح لأنه ليس من خصال الكفاءة ا هـ .(قوله : عرفا) إلى المتن في النهاية إلا قوله : فإن قلت إلى والثاني (قوله : وحال حائل) أي نازل متغير وزائل قال ع ش هذه المعاطيف مفاهيمها مختلفة لكن المراد منها واحد ا هـ .(قوله : وطود) أي جبل ا هـ ع ش (قوله : فصعلوك) كعصفور الفقير ا هـ قاموس (قوله : بأن الأول) أي خبر " الحسب المال " (قوله : من الدنيا) أي الزائدة على قدر الحاجة ا هـ ع ش (قوله : ومن ثم) لعل المشار إليه قوله : ولا يفتخر به إلخ (قوله : لأنه إلخ) أي ذم الدنيا (قوله : تواصى عليه) عبارة النهاية به ا هـ .(قوله : وسيلة للخير إلخ) نشر مشوش .قوله : ومن ثم) أي من أجل أن التحقيق ما ذكر (قوله : ما تقرر) أي من الحيثيتين (قوله : ما ذكرت) أي من ذم المال قال الكردي أراد به قوله ولا يفتخر به إلخ ا هـ .(قوله : وهو مقدم إلخ) قد." (٢)

"(قوله : وكذا عمياء وعجوز ومقطوعة طرف إلخ) قال في الروض وإن زوج المجنون أو الصغير لعجوز أو عمياء أو قطعاء للأطراف أو بعضها والصغيرة بهرم أو أعمى أو أقطع فوجهان قال في شرحه صحح منهما البلقيني وغيره عدم الصحة في صور المجنون والصغير ونقلوه عن نص الأم لأنه إنما يزوجهما بالمصلحة ولا مصلحة في ذلك بل فيه ضرر عليهما وقضية كلام الجمهور في الكلام على الكفاءة تصحيح

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٧٤/٣٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٥٠/٣٠

الصحة في صورة الصغيرة وهذا هو الأوجه لكن يظهر حرمة ذلك عليه أخذا مما مر في شروط **الإجبار** شرح م ر لأن وليها إنما يزوجها **بالإجبار** من الكفؤ وكل من هؤلاء كفؤ فالمأخذ في هذه وما قبلها مختلف ثم قال في الروض والخصي والخنثى غير المشكل كالأعمى ا هـ .(قوله : يثبت له الخيار كما صرحا به) فيزاد ثبوت الخيار له بنحو الحرفة على ما يأتي في الخيار م ر .." (١)

"(وله) أي الأب فالجد (تزويج صغير عاقل) غير ممسوح (أكثر من واحدة) ولو أربعا إن رآه مصلحة لأن له من سعة النظر والشفقة ما يحمله على أن لا يفعل ذلك إلا لغرض صحيح ويؤخذ من نظرهم للشفقة أن من بينه وبين ابنه عداوة ظاهرة لا يفعل ذلك وهو نظير ما مر في المجبرة إلا أن يفرق بأن ولاية **الإجبار** أقوى لثبوتها مع الرشد مع إيقاعه لها بسببها فيما لا يمكنها الخلاص منه في الأثناء لأن العصمة ليست بيدها فاحتيط لذلك باشتراط عدم ظهور عداوة بينهما وإن كان اشتراط الكفاءة قد يغني عنه بخلافه هنا وفي ولاية المال .s." (٢)

"(قوله : أي الأب) إلى قوله ويؤخذ في المغني وإلى قوله بأن ولاية **الإجبار** في النهاية (قوله : أي الأب فالجد) لا وصي ولا قاض ا هـ مغني (قوله : غير ممسوح) أما الصغير الممسوح ففي تزويجه الخلاف في الصغير المجنون قاله الجويني نهاية ومغني قال ع ش قوله : غير ممسوح ظاهره ولو مجبوبا أو خصيا ا هـ وانظر ما الفرق بين الممسوح وبين المجبوب أو الخصي (قوله : لا يفعل ذلك وهو إلخ) معتمد ا هـ ع ش (قوله : إلا أن يفرق بأن إلخ) عبارة ع ش بإمكان تخلص الصغير من ضرر الزوجة إذا لم تلق به بعد كماله ولا كذلك المرأة ا هـ .(قوله : أقوى لثبوتها إلخ) قد يقال إذا أثرت العداوة الظاهرة في الأقوى فلأن تؤثر في الأضعف بالأولى وقد يجاب بأن عدم العداوة الظاهرة شرط لتحقق ولاية **الإجبار** لا أن العداوة مانع وبينهما فرق دقيق هو بالتأمل حقيق فليتأمل وليحرر ا هـ سيد عمر (قوله : مع إيقاعه) أي الولي المجبر لها أي المرأة بسببها أي الولاية (قوله : في الأثناء) أي أثناء النكاح ودوامه (قوله : قد يغني إلخ) قد يقال إن كانت مهملة كما هو الظاهر فليس فيه كبير جدوى أو كلية فلا وجه لاشتراط ما ذكر ا هـ سيد عمر أي عدم العداوة الظاهرة (قوله : بخلافه هنا إلخ) لعل الأنسب بخلاف الولاية هنا وفي المال أي فإنها ضعيفة لعدم ثبوتها مع الرشد .." (٣)

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٥٣/٣٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٦٠/٣٠

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٦١/٣٠

"(ويزوج) جوازا (المجنونة) إن أطبق جنونها نظير ما مر (أب أو جد) إن فقد الأب أو انتفت ولايته (إن ظهرت مصلحة) كزيادة مهر وقضية تقييده كغيره بالظهور أنه لا يكفي أصل المصلحة والظاهر خلافه أخذا مما مر في التصرف في مال اليتيم إلا أن يفرق بنحو ما تقرر (ولا يشترط الحاجة) إلا في الوجوب كما مر بخلاف المجنون لأن تزويجه يغرمه (وسواء) في جواز تزويج الأب فالجد المجنونة للمصلحة (صغيرة وكبيرة ثيب وبكر) بلغت مجنونة أو عاقلة ثم جنت لأنه لا يرجى لها حالة تستأذن فيها والأب والجد لهما ولاية **الإجبار** في الجملة (فإن لم يكن) للصغيرة المجنونة (أب وجد لم تزوج في صغرها) ولو لغبطة إذ لا إجبار لغيرهما ولا حاجة في الحال (فإن بلغت زوجها) ولو ثيبا (السلطان) الشامل لمن مر (في الأصح) كما يلي مالها ويسن له مراجعة أقاربها – ولو نحو خال – وأقارب المجنون فيما مر تطييبا لقلوبهم (للحاجة) المار تفصيلها (لا لمصلحة) كنفقة ويؤخذ من جعل هذا مثالا للمصلحة أن الفرض فيمن لها منفق أو مال يغنيها عن الزوج وإلا كان الإنفاق حاجة أي حاجة (في الأصح) وسيأتي أن الزوج ولو معسرا يلزمه إخدام نحو المريضة مطلقا وغيرها إن خدمت في بيت أبيها ويتردد النظر في المجنونة هل هي كالمريضة أو لا وحينئذ لو احتيج لإخدام المجنونة ولم تندفع حاجتها إلا بالزوج اتجه أن للسلطان تزويجها لحاجة الخدمة إن جعلناها كالمريضة أو إن كانت تخدم لوجوب." (١)

"(ولو نكح السفيه) السابق وهو المحجور عليه (بلا إذن) من وليه الشامل للحاكم عند فقد الأصل أو امتناعه وإن تعذرت مراجعة السلطان (فباطل) نكاحه لإلغاء عبارته فيفرق بينهما قال ابن الرفعة هذا إذا لم ينته إلى خوف العنت وإلا فالأصح صحة نكاحه كامرأة لا ولي لها بل أولى (فإن وطئ) منكوحته الرشيدة المختارة (لم يلزمه شيء) أي حد قطعا للشبهة ومن ثم لحقه الولد ولا مهر ظاهرا ولو بعد فك الحجر وإن لم تعلم سفهه لأنها مقصرة بترك البحث مع كونها سلطته على بضعها بخلافه باطنا بعد فك الحجر عنه كما نص عليه في الأم واعتمدوه بخلاف صغيرة ومجنونة ومكرهة ومزوجة **بالإجبار** ونائمة فيجب مهر المثل إذ لا يصح تسليطهن ومن ثم لو كملت بعد العقد وعلمت سفهه ومكنته مطاوعة لم يجب لها شيء كما هو ظاهر وكذا سفيهة حالة الوطء فيجب لها مهر المثل أيضا كما أفتى به المصنف وإن علمت الفساد وطاوعته واعترض بالاعتداد بإذن السفيه في الإتلاف البدني ولهذا لو قال سفيه لآخر اقطع يدي فقطعه هدر ويرد بأن البضع مقوم بالمال شرعا ابتداء فلم يكن لإذنها مع سفهها دخل فيه

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٦٢/٣٠

بخلاف نحو اليد (وقيل) يلزمه (مهر المثل) لئلا يخلو الوطء عن مقابل (وقيل) يلزمه (أقل متمول) حذرا من الخلو المذكور .s." (١)

"(قوله : عند فقد الأصل أو امتناعه إلخ) يفيد أن الحاكم يزوجه عند فقد الأصل أو امتناعه وقد تقدم في الحاشية عن شرح المنهج ما يصرح بذلك (قوله : وإلا فالأصح صحة نكاحه) عبارة كنز الأستاذ البكري : قال ابن الرفعة : وأصح الوجهين صحة نكاحه وهو أولى من المرأة في المفازة لا تجد وليا ا هـ لكن أفتى شيخنا الرملي بخلافه وينبغي أن الكلام كله مع عدم التحكيم أما معه فينبغي أن يجوز وهو حينئذ كمسألة المرأة المذكورة (قوله : بخلافه باطنا) المعتمد عدم الوجوب باطنا أيضا م ر (قوله : ومزوجة **بالإجبار**) كذا قاله الإسنوي وهو مردود لأنه لا يلزمها تمكينه مع فساد النكاح لكن لو جعلت فساد النكاح واعتقدت وجوب التمكين ففيه نظر (قوله : مقوم بالمال شرعا ابتداء) أي بخلاف نحو قطع اليد فإن واجبه القود ابتداء (قوله : فلم يكن لإذنها مع سفهها دخل) إذ لا اعتبار بإذن السفيه في الأموال .." (٢)

"(قوله : وهو المحجور عليه) أي حسا أو حكما على ما مر ا هـ رشيدي (قوله : من وليه الشامل) إلى قوله ، وقول الأذرعي في المغني إلا قوله : ومزوجة **بالإجبار** وقوله : ولها الفسخ إلى المتن (قوله : عند فقد الأصل أو امتناعه إلخ) يفيد أن الحاكم يزوجه عند فقد الأصل أو امتناعه وقد تقدم في الحاشية عن شرح المنهج ما يصرح به ا هـ سم (قوله : أو امتناعه) أي لغير مصلحة ا هـ مغني (قوله : وإن تعذرت إلخ) راجع إلى قوله الشامل للحاكم إلخ (قوله : فيفرق بينهما) أي بين السفيه ومنكوحته بلا إذن (قوله : قال ابن الرفعة هذا إلخ) عبارة المغني ومحله كما قال ابن الرفعة إذا لم ينته إلخ (قوله : وإلا فالأصح إلخ) لكن أفتى الوالد بخلافه ا هـ نهاية قال ع ش .قوله : لكن أفتى الوالد إلخ معتمد ووجهه ندرة ما ذكره ابن الرفعة أي من تعذر رجوع الولي والحاكم وبقي ما لو لم يكن ثم ولي ولا حاكم هل يتزوج أم لا فيه نظر والأقرب الأول صيانة له عن الوقوع في الزنا ا هـ وفي سم بعد ذكره عن الكنز مثل ما في الشارح ما نصه لكن أفتى شيخنا الشهاب الرملي بخلافه وينبغي أن الكلام كله مع عدم التحكيم أما معه فينبغي أن يجوز وهو حينئذ كمسألة المرأة المذكورة ا هـ وأقره الرشيدي (قوله : كامرأة إلخ) أي فإنها تحكم ا هـ رشيدي

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠/١٨٩

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠/١٩٠

.(قوله : لا ولي لها) عبارة المغني في المفازة لا تجد وليا ا هـ .(قوله : منكوحته) إلى قول المتن وبإذنه في النهاية إلا قوله : بخلافه باطنا إلى بخلاف صغيرة." (١)

"وقوله : ومزوجة **بالإجبار** (قوله : أي حد قطعا إلخ) قضية إطلاقه ولو مع العلم بالفساد ويوجه بأن بعض الأئمة كالإمام مالك يقول بصحة نكاح السفيه ويثبت لوليه الخيار وهذا موجب لإسقاط الحد على أن في كلام بعضهم ما يقتضي جريان الخلاف عندنا في صحة نكاحه ا هـ ع ش (قوله : ظاهرا) المعتمد عدم الوجوب باطنا أيضا م ر ا هـ سم (قوله : بخلافه باطنا إلخ) وفاقا للمغني كما مر وخلافا للنهاية عبارته سواء في ذلك الظاهر والباطن وما نقل عن النص من لزومه في ذمته باطنا ضعيف ا هـ .(قوله : بخلاف صغيرة إلخ) محترز الرشيدة المختارة (قوله : ومزوجة إلخ) خلافا للنهاية والمغني عبارتهما وقول الإسنوي ينبغي أن تكون المزوجة **بالإجبار** كالسفيهة فإنه لا تقصير حينئذ من قبلها فإنها لم تأذن والتمكين واجب عليها مردود إذ لا يجب عليها التمكين حينئذ ا هـ وزاد سم لكن لو جهلت فساد النكاح واعتقدت وجوب التمكين ففيه نظر ا هـ قوله : ويمكن الجمع بحمل كلام الشارح على هذه وكلام النهاية والمغني على العلم بالفساد فليراجع ثم رأيت قال ع ش ما نصه قوله : إذ لا يجب التمكين حينئذ أي حين العلم بفساد النكاح وعليه فلو ظنت صحته فالوجه ما قاله الإسنوي ا هـ .(قوله : ومكنته مطاوعة) أي ولم يسبق لها تمكين قبل وإلا فقد استقر لها المهر بالوطء السابق ولا شيء لها في الثاني لاتحاد الشبهة على ما يأتي ا هـ ع ش (قوله : واعترض) أي إفتاء المصنف ا هـ كردي قوله : مقوم بالمال شرعا ابتداء) أي." (٢)

"(قوله : ولو أنثى) أي أو كافرا نهاية ومغني أي ولو كان سيده أنثى أو كافرا (قوله : وقول الأذرعي يستثنى إلخ) أقره المغني (قوله : فرفعه لحاكم إلخ) قد يقال إن وجد من الحاكم المرفوع إليه حكم بالأمر بالنكاح أو بصحة النكاح بعد وقوعه فالاستثناء واضح على مذهبنا أيضا وإلا خرج على أن تصرف الحاكم هل هو حكم أو لا إن قلنا : حكم فكذلك وإلا فلا وجه للاستثناء فتأمل سيد عمر وقوله : حكم بالأمر بالنكاح انظر المراد به فلو أراد به الإذن بالنكاح فهو موجود في كلام الأذرعي وقوله : وإلا خرج على إلخ قد مر أن الراجح أنه حكم فيما رفع إليه والرفع هنا موجود في كلام الأذرعي فالاستثناء واضح ، عبارة سم قوله : لم يصح الاستثناء في عدم صحته نظر فإن عبارة المصنف شاملة لهذه الحالة وهذا كاف في صحته

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠/١٩١

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠/١٩٢

ا هـ .(قوله : على جهة) قضيته خروج الموقوف على معين وتقدم في الحاشية في قول المصنف فإن فقد الـمعتق وعصبته زوج السلطان عن فتوى شيخنا الشهاب الرملي أن العبد الموقوف يمتنع تزويجه مطلقا فراجعه ا هـ سم أي مبحث تزويج العتيقة شرحا وحاشية .(قوله : يتعذر تزويجه) أي لعدم تصور إذن سيده ا هـ سم (قوله : إذا بطل إلخ) راجع إلى المتن (قوله : تعلق مهر المثل بذمته) أي إن وطئ ا هـ رشيدي (قوله : وإلا) أي بأن كانت صغيرة أو مجنونة أو مكرهة أو مزوجة **بالإجبار** أو سفيهة حال الوطء (قوله : تعلق برقبته) أي لوجوبه بغير رضا مستحقه المعتبر رضاه ولا." (١)

"(قوله : قبل الوطء أو بعده) أوقعهن معا أم لا معلقا كان ذلك أم لا ا هـ مغني (قوله : كأن علقت) أي الثانية (قوله : زوجا غيره) إلى قوله نعم في المغني إلا قوله : قيل : إلى المتن وقوله : ولو غوراء (قوله : ولو كان) أي المحلل (قوله : حرا) أي لأن الصبي الرقيق لا يتأتى نكاحه إلا **بالإجبار** وقد مر أنه ممتنع ا هـ مغني (قوله : عاقلا) أي لأن الصبي المجنون لا يصح تزويجه كما تقدم سم ورشيدي (قوله : بالغا) أي لأن غيره لا يصح تزويجه كما مر ا هـ رشيدي (قوله : أو كان مجنونا) عطف على كان صبيا قوله : أقررناهم عليه) أي بأن لا يكون مفسد مقارن للترافع ا هـ ع ش (قوله : وكالذمي إلخ) عبارة المغني وتحل كتابية لمسلم بوطء مجوسي ووثني في نكاح نقرهم عليه عند ترافعهم إلينا ا هـ .(قوله : قيل : ينبغي فتح أوله) جزم به النهاية (قوله : بذلك) أي بقوله ينبغي فتح أوله .(قوله : عما لو ضم إلخ) أي أول " تغيب " في المتن (قوله : فإنه إن كان) أي أوله المضموم (قوله : ولو منهما) أي ولو كان النوم منهما (قوله : أو قارنها إلخ) عبارة المغني ويكفي وطء محرم بنسك وخصي ولو كان صائما أو كانت حائضا أو صائمة أو مظاهرا منها أو معتدة من شبهة وقعت في نكاح المحلل أو محرمة بنسك لأنه وطء زوج في نكاح صحيح ا هـ .(قوله : بعد نكاحه) أي المحلل (قوله : وما نقل عن ابن المسيب إلخ) راجع إلى قول المتن " وتغيب " بقبلها إلخ (قوله : بتقدير صحته) أي النقل عنه أي." (٢)

"(قوله : لاشتراكهما) أي الكتابية والمسلمة المنكوحتين (قوله : كحليلة مسلمة إلخ) عبارة المغني وتجبر الزوجة الممتنعة مسلمة كانت أو كتابية وكذا الأمة أي للحليل إجبارها على - غسل إلخ ويستبيح بهذا الغسل الوطء وإن لم تنو هي للضرورة ا هـ .(قوله : عقب الانقطاع) متعلق بتجبر أو غسل في المتن (قوله : وقضيته) أي التعليل (قوله : نيتها) أي الكتابية وقوله إذا اغتسلت اختيارا متعلق بتشترط وسيذكر

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٠٠/٣٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٩٨/٣٠

محترزه بقوله ولا يشترط في مكرهة إلخ وقوله : استباحة التمتع مفعول نيتها وقوله : كمغسل المجنونة إلخ أي كما يشترط نية مباشر غسل المجنونة إلخ (قوله : والممتنعة) أي مسلمة كانت أو كافرة سم وكردي (قوله : وخالف إلخ) عبارة النهاية وإن خالف إلخ (قوله : نية الأولى) أي الكتابية ا هـ ع ش (قوله : ولا يشترط) أي نية المجبر أو المجبرة استباحة التمتع فكان الأولى التأنيث وقوله : في ملكرهة إلخ أي في مغتسلة **بالإجبار** لا بالاختيار (قوله : مع عدم مباشرته) أي المجبر على الفعل أي الغسل (قوله : أي غسلها) عبارة المغني أي تجبر الكتابية على غسلها من الجنابة ا هـ .(قوله : ولو فورا) هو غاية في **الإجبار** والوجه الثاني أنه لا يجبرها إلا إذا طال زمن الجنابة ا هـ رشيدي (قوله : وشرب ما يسكر) إلى المتن في المغني .(قوله : وإن اعتقدت إلخ) عبارة المغني ومحل الخلاف في إجبار الكتابية على ترك أكل لحم الخنزير إذا كانت تعتقد حله كالنصرانية فإن كانت تعتقد." (١)

"هو نظير ما في البيع كأنه للفرق بأن البيع يتأثر بالمخالفة ما لا يتأثر نفس النكاح فليتأمل ا هـ سم (قوله إذ إلغاء الزائد إلخ) قد يفرق بين الإلغاءين بأنه هنا ينفع المولى وفي مسألتنا يضره ا هـ سم (قوله هنا) أي فيما لو نكح لموليه إلخ (قوله وبهذا يرد إلخ) أي لإمكان حمل الإفتاء الأول على ذلك ا هـ سم (قوله البطلان) أي بطلان النكاح (قوله وكما أن إلخ) تصوير للإشكال (قوله بشرط كونه) أي النكاح (قوله بل هي) أي مسألة **الإجبار** (قوله بأن ولاية المجبر) أي بأن تكون محجورة أو بكرا (قوله في هذه) أي مسألة الإطلاق دون تلك أي مسألة **الإجبار**." (٢)

"(قوله ولم يدخل وقت جذاذه) ولو دخل وقت جذاذه لزمها قطعه ليأخذ نصف الشجر ا هـ مغني (قول المتن قطفه) أي قطعه ا هـ نهاية (قوله وإن اعتيد إلخ) غاية (قوله أكثر) مفعول مطلق لقوله نظرهم وقوله جبرا مفعول له لقوله أكثر وقوله ألغى إلخ خبر أن (قول المتن قطف) ببناء المفعول (قوله وأنا أقطفه) من باب ضرب مختار ا هـ ع ش (قوله لا نقص) أي ككسر غصن (قوله منه) أي القطف (قوله ولا زمن إلخ) عطف على قوله لا نقص إلخ عبارة المغني ولم يمتد زمن قطعه ا هـ .(قوله وقبض النصف) إلى قوله فإن قال في المغني إلا قوله ومن ثم إلى أما إذا وقوله أو وأعيرها نصفي (قوله أو وأعيرها) عطف على قوله لا أقبضه (قوله لا تبرأ بذلك) لأن الإبراء من ضمان العين مع بقائها باطل ا هـ مغني (قوله أجبرت) مع قوله ورضيت لا يخلو عن حزازة ثم هلا أجري هذا التفصيل في مسألة الإعارة ويجاب

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٦٩/٣٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٢٣/٣١

بأن فيها خطر الضمان سم على حج وذلك لأنه حيث وقع الرضا منها وقد طلب جعله وديعة لم يكن لقوله أجبرت معنى لأن **الإجبار** إلزام الممتنع من الفعل على قبوله ا هـ ع ش عبارة سيد عمر قوله أجبرت إلخ أنى يتصور **الإجبار** مع الرضا فليتأمل ثم رأيت الفاضل المحشي قال إن الجمع بينهما لا يخلو عن حزازة ا هـ .(قوله وإلا) أي إن لم ترض بذلك (قوله وعلى هذا) أي قوله وإلا فلا ا هـ سم عبارة الرشيدي أي على ما إذا لم ترض ا هـ وهي أحسن (قوله أي الرجوع) إلى قوله إذ لا فائدة في المغني إلا قوله فإن قبل إلى." (١)

"(قوله : أن المعلق بفعله) أي على التفصيل الآتي في قول المصنف أو بفعل غيره ممن يبالى بتعليقه إلخ (قوله : لا حنث) أي على ما يأتي والذي أفتى به شيخنا الشهاب الرملي فيما لو كان الطلاق معلقا على صفة أنها إن وجدت بإكراه بغير حق لم ينحل بها كما لم يقع بها أو بحق حنث وانحلت م ر .(قوله : ووجه اندفاعه إلخ) حاصله أن قوله متى صير فعله ، وهو إعطاؤه بنفسه محلوفا عليه وفعله إذا كان محلوفا عليه لا يتناوله ما صاحبه إكراه مطلقا (قوله : وقد تقرر أن الفعل المكره عليه إلخ) فلو كان الإكراه للآخذ على الأخذ فيجري فيه ما يأتي في قول المصنف أو بفعل غيره ممن يبالى بتعليقه إلخ كما هو ظاهر (قوله : الظاهر في أنه إلخ) ممنوع (قوله : وإنما يقال أكرهه حتى أعطاه) بل يقال أخذه منه كرها (قوله : ويؤخذ مما تقرر أن من حلف لا يكلم فلانا فأجبره القاضي إلخ) لك أن تقول حكم القاضي لا يتعلق بالأمور المستقبلة فإجباره إنما يصح على الكلام في الحال دون الكلام فيما بعد ؛ لأن الكلام في **الإجبار** بالحكم فإذا أجبره ثم كلمه بعد ذلك سواء ما يزول به الهجر والزائد عليه حنث ؛ لأن الحكم لم يتناوله فهو غير مجبر عليه فليتأمل اللهم إلا أن يقال إن الحكم تناوله تبعا فإن كان المراد بإجبار القاضي توعده بنحو الحبس والضرب فظاهر أن هذا إكراه بالنسبة لكل ما تعلق به حتى الزائد على الهجر المحرم فليحرر ثم رأيت قوله الآتي قبيل وشرط الإكراه والذي." (٢)

"وقفة (قوله : وإنما يقال أكرهه إلخ) بل يقال أخذ منه كرها .ا هـ .سم (قوله : فأجبره القاضي على كلامه إلخ) لك أن تقول حكم القاضي لا يتعلق بالأمور المستقبلة فإجباره إنما يصح على الكلام في الحال دون الكلام فيما بعد ؛ لأن الكلام في **الإجبار** بالحكم فإذا أجبره ثم كلمه بعد ذلك سواء ما يزول به الهجر والزائد عليه حنث ؛ لأن الحكم لم يتناوله فهو غير مجبر عليه فليتأمل اللهم إلا أن يقال إن الحكم

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠٢/٣١

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٦٥/٣٢

تناوله تبعا فإن كان المراد بإجبار القاضي توعده بنحو الحبس والضرب فظاهر أن هذا إكراه بالنسبة لكل ما تعلق به حتى الزائد على الهجر المحرم ثم رأيت قوله الآتي قبيل قول المتن وشرط الإكراه والذي يتجه إلخ ، وهو صريح في أن المراد مجرد الحكم والإلزام .ا هـ .أقول وقول الشارح فإن فرض أن القاضي إلخ كالصريح في أن المراد بإجبار القاضي هنا الجبر الحسي ثم رأيت سم قد نبه عليه فيما كتبه على قول الشارح الآتي والذي يتجه إلخ (قوله : لكن محله فيما فعله إلخ) ومحله أيضا في مرة واحدة فلا يتناول الحكم أكثر منها فإذا أجبره القاضي على كلامه فكلمه على وجه زال به الهجر المحرم ثم كلمه بعد ذلك حنث فيحتاج لإجبار آخر على الكلام بعد ذلك ، وهكذا ولو حلف لا يدخل لزوجته في دار أبيها فأجبره القاضي على الدخول ودخل حنث لعدم صحة حكم القاضي بالدخول إذ لا يلزمه الدخول م ر .ا هـ .سم أقول الظاهر أخذا مما مر عن ع ش أن إجبار القاضي على أن يكلمه متى لاقاه على." (١)

"المعتاد يكفي في عدم الحنث بغير الكلام الأول أيضا ولا يشترط حينئذ تجديد **الإجبار** (قوله : ما يزول به الهجر المحرم) ، وهو التكلم مرة ا هـ كردي (قوله : وإن تعدى به) تأمل الجمع بينه وبين ما نقله الفاضل المحشي عن الجمال الرملي في مسألة الحلف على عدم دخوله في دار أبيها ، وكذا يشكل عليه ما صرحوا به أنه إن حكم على المولي بالطلاق الثلاث لم يقع ، ويظهر في الجمع بينهما أن يقال إن كان إجبار القاضي بمجرد الحكم حنث ؛ لأنه حينئذ ليس إجبارا شرعيا ولا حسيا ، وإن كان بتهديد بشيء مما يأتي فلا حنث ؛ لأنه إكراه حسي .ا هـ .سيد عمر .(قوله : وذلك إلخ) تعليل لما في المتن وقوله : عنه أي المكره (قوله : وفسره) أي الإغلاق (قوله : قال البيهقي إلخ) إثبات للاتفاق (قوله : وأفتى به) أي بوقوع طلاق الغضبان وقوله : ولا مخالف إلخ أي فكان إجماعا سكوتيا (قوله : ومنه) أي الإكراه إلى قوله ، ويظهر في النهاية إلا قوله وكذا في إكراه القاضي إلى قوله نعم (قوله : فغلبه النوم) أي ولو قبل وقته المعتاد وقوله : بوجه أي فإن تمكن ولم يفعل حتى غلبه النوم حنث وظاهر التعبير بالتمكن أنه لا يمنع من الحنث الفوت لوجود من يستحي من الوطء بحضورهم عادة كمحرمة وزوجة له أخرى ، ولو قيل بعدم الحنث وجعل ذلك عذر أو يراد بالتمكن التمكن المعتاد في مثله لم يبعد .ا هـ .ع ش وقوله : لو قيل إلخ ظاهر لا ينبغي العدول عنه إلا بنقل (قوله : وكذا في إكراه القاضي إلخ) أي." (٢)

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٧١/٣٢

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٧٢/٣٢

"(قوله : في المتن فإن تنازعا في السبق بلا اتفاق) أي سواء كانت العدة بالأشهر أو بغيرها فيصدق إذا سبق بالدعوى ، وإن كانت العدة بالأقراء وتصدق هي إذا سبقت بالدعوى ، وإن كانت العدة بالأشهر ، ولا ينافي ذلك ما تقدم من تصديقه في إنكاره انقضاء عدة الأشهر وتصديقها في انقضاء عدة الأقراء أو الوضع ؛ لأن ذاك في مجرد الاختلاف في انقضاء العدة وبقائها من غير دعوى رجعة وما هنا في الاختلاف في سبق الرجعة الانقضاء وعدم سبقها إياه مع الاتفاق على الانقضاء وفرق ظاهر بينهما ، وهذا كله ظاهر ، وإنما نبهت عليه لأني رأيت من اشتبه عليه ذلك واستشكل أحد الموضعين بالآخر فليتأمل (قوله : بتراخ عنه) وكذا بدونه م ر (قوله : ما لو علم الترتيب) أي بين المدعيين (قوله : ولا تسمع دعواه عليه على الأوجه) اعتمد في الروض سماع الدعوى عليه فقال فله الدعوى عليها ، وكذا على الزوج .ا هـ .وذكر في شرحه أن ترجيح ذلك من زيادته وأن عدم السماع هو المناسب لما مر فيها إذا زوجها وليان من اثنين فادعى أحد الزوجين على الآخر بسبق نكاحه قال ، وقد يجاب بأنهما هنا متفقان على أنها كانت زوجة للأول بخلافها ثم .ا هـ وأقول تقدم في عدم السماع على الآخر في مسألة الوليين تفصيل يراجع (قوله : ؛ لأنها أحالت إلخ) قضيته أنها لو لم تأذن بأن زوجت **بالإجبار** ، ولم تمكن لا تغرم شيئا (قوله : ثم حمله إلخ) في شرح الروض نحو هذا التقييد عن البغوي والبلقيني فقال نعم إن." (١)

"بالوطء مهر المثل إن استحقها الأول ، وإلا فالمسمى إن كان بعد الدخول ونصفه إن كان قبله ا هـ (قوله : على الأوجه) والمعتمد أن له الدعوى على الزوج ا هـ ع ش (قوله لأنها أحالت إلخ) قضيته أنها لو لم تأذن بأن زوجت **بالإجبار** ، ولم تمكن لا تغرم شيئا ا هـ سم وصورة كونها زوجت **بالإجبار** مع كونها مطلقة طلاقا رجعيا أن تستدخل ماءه المحترم أو يطأها في الدبر أو في القبل ، ولم تزل بكارتها ا هـ ع ش (قوله جعلت زوجة له إلخ) إن حلف أنه لم يطلق نهاية ومغني (قوله : ثم حمله إلخ) عبارة النهاية وشرح الروض نعم إن أقرت أولا بالنكاح للثاني أو أذنت فيه لم تنزع منه ذكره البغوي وأشار إليه القاضي ، وكذا البلقيني فقال يجب تقييده بما إذا لم تكن المرأة أقرت بالنكاح لمن تحت يده ، ولا ثبت ذلك بالبينة فإن وجد أحدهما لم تنزع منه جزما ا هـ قال الرشيدي قوله ، ولا ثبت ذلك أي إقرارها ا هـ وقال ع ش قوله فإن وجد أحدهما أي الإقرار أو الإذن في النكاح ا هـ (قوله : على ما إذا لم تعترف إلخ) أي : وإلا ففيه نظير التفصيل المار في قوله فإن أقام بينة بالرجعة إلخ ، وهو أنها إن أقامت بينة بالطلاق سقطت دعواه ، وإن

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٤/٧٦

لم تقمها فلها تحليفه فإن حلف تغرم له مهر المثل ، وإن أقر أو نكل وحلفت سقطت دعواه ، وإن لم تحلف تغرم له مهر المثل." (١)

"(قول المتن وإن أبى الفيئة والطلاق إلخ) قد يفهم من هذا الكلام وما تقدم أنه حيث طلب منه الطلاق فطلق ولو رجعيا تخلص مطلقا من الإيلاء وليس مرادا ففي الروض وشرحه أوائل الباب ما نصه : وإن طلق حين طولب بالفيئة أو الطلاق ثم راجع أي أعاد مطلقته ضربت المدة ثانيا إلا إن بانت فجدد نكاحها فلا تضرب ا هـ وفيهما أيضا هنا نظير ما تقدم في أوائل الفصل وفيهما قبل هذا أيضا ما نصه : فإن طلق ثم راجع والباقي من المدة أكثر من أربعة أشهر عاد الإيلاء وإلا فلا ا هـ والموضعان السابقان شاملان للإيلاء المقيد بمدة والمطلق وهو ظاهر ؛ لأن اليمين لا تنحل بالطلاق فليراجع ما نقل عن بعضهم من خلاف ذلك في المطلق ا هـ سم بحذف .(قوله فلا يكفي ثبوت إبائه إلخ) أي وبعد ثبوت إبائه في حضرته لا يشترط أن يقع الطلاق في حضرته كما في الروض أي والمغني ا هـ سم .(قوله لتواريه أو تعززه) هلا زادوا أو لغيبته غيبة تسوغ الحكم على الغائب سم على حج وقد يقال إنما لم يزيدوه لعذره في غيبته فلم يحكم عليه بالطلاق بخلاف المتواري أو المتعزز فإنه مقصر بتواريه أو تعززه فغلظ عليه ا هـ ع ش .(قوله لم يقع شيء) ظاهره وإن نوى عنه سم على حج ا هـ ع ش .(قوله ولا لإجباره على الفيئة) أي ؛ لأنها لا تدخل تحت الإجبار ا هـ مغني .(قوله فلا يقع) ظاهر العبارة أن الذي لا يقع هو الزائد فقط وأصرح منه في ذلك قول الروض أي والمغني لم يقع الزائد ا هـ فالتشبيه في قوله كما لو بان أنه طلق." (٢)

"الظاهر ا هـ مغني وقضية صنيع الشارح اعتماده أيضا (قوله : إذا كان طلاقه رجعيا) أي ، وقد أتت للإمكان من انصرام العدة كما هو معلوم ا هـ سم (قوله : من الأول) أي : من طلاقه أو إمكان وطئه قبله ، وقوله : من الثاني أي من وطئه (قول المتن على قائف) وهو كما سيأتي آخر كتاب الدعوى مسلم عدل مجرب ا هـ مغني (قوله : أو بهما إلخ) أي : أو نفاه عنهما ا هـ مغني (قوله : وانتسابه بنفسه) أي ، فلو لم ينتسب بعد البلوغ لم يجبر عليه لجواز أنه لم يمل طبعه لواحد منهما ا هـ ع ش (قوله : فهو منفي عنهما) زاد النهاية ، وقد بان أن الثاني نكحها حاملا وهل يحكم بفساد النكاح حملا على أنه من وطء شبهة من غيره أو لا حملا على أنه من الزنا ، وقد جرى النكاح في الظاهر على الصحة الأقرب كما قاله الأذرعي الثاني وجزم به في المطلب ، وفيه الجمع المار ا هـ .وكذا في سم عن شرح الروض ومر مثله عن

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٨١/٣٤

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٧٨/٣٤

المغني قال ع ش يؤخذ من هذا جواب السؤال عن حادثة هي بكر وجدت حاملا وكشف عليها القوابل فرأوها بكرا هل يجوز لوليها أن يزوجها بالإجبار أم لا وهو أنه يجوز تزويجها بالإجبار لاحتمال أن شخصا حك ذكره على فرجها فأمنى ودخل منيه في فرجها فحملت منه من غير زوال البكارة فهو غير محترم فيصح نكاحها في هذه الصورة مع وجود الحمل واحتمال كونها زنت وعادت البكارة والتحمت فيه إساءة ظن بها فعملنا بالظاهر من أنها بكر مجبرة وأن لوليها أن يزوجها بالإجبار ا هـ .(تتمة) لو وطئ معتدة عن وفاة." (١)

"للسكنى برضا الزوج استصحب ذلك ولأن الغالب على الأزواج أنهم لا يخرجون المرأة من البيت بسبب النشوز ا هـ ع ش (قوله : لو كان) أي : المسكن (قوله : ومثلها) أي : مثل الناشزة ا هـ سم (قوله : كل من إلخ) ، وكذا مثلها من وجبت العدة بقولها بأن طلقت ، ثم أقرت بالإصابة وأنكرها الزوج فلا نفقة ولا سكنى لها وعليها العدة نهاية ومغني (قوله : ويتصور وجوب العدة إلخ) أي : وإن كان فيه بعد ا هـ مغني (قوله : وأمة لا نفقة لها) أي : على زوجها كالمسلمة ليلا فقط أو نهارا فقط ا هـ مغني (قوله : أو وارثه) بل غير الوارث كالوارث كما قاله الروياني تبعا للماوردي أي حيث لا ريبة نهاية ومغني قال ع ش وهل طلب ذلك منهم مباح أو مسنون فيه نظر والأقرب الثاني ا هـ .(قوله : ويؤخذ منه) أي : من التعليل .(قوله : إن محله) أي : جواز الإجبار (قوله : التعبير بذلك) أي : بتحصينا ، وقوله : لذكره أي تحصينا أيضا ا هـ سم (قوله : كما يأتي) أي : آنفا (قوله : وهو) أي : إمكان الحمل ، وقوله : فيها أي في المتوفى عنها (قوله : ولا يمكن) أي : الزوج أو وارثه من ذلك أي الإجبار ، وقوله : بعد فراغ إلخ أي بعد فراغها من خدمة سيدها." (٢)

"عليه وذلك فيما إذا كانت هي المدعية المصدقة وردت عليه اليمين أنه حينئذ لا يصدق عليه أنه مدع بل أنه منكر نعم يمكن أن يتصور بما إذا ادعى وانفسخ نكاحه مؤاخذة له بإقراره فادعت عليه المدخول بها المسمى الأكثر من مهر المثل فأجاب بعدم استحقاقها للرضاع فأنكرت ذلك وحلفته فإن الظاهر احتياجه إلى اليمين وأنها على البت فليتأمل ثم ظهر أن أحسن من ذلك وأقرب تصويره بما إذا كان هو المدعي فإن له تحليفها قبل الوطء .وكذا بعده إن زاد المسمى كما تقدم في قوله نعم له تحليفها إلخ فإن نكلت حلف وحلفه حينئذ على البت وهو مدع فليتأمل وفي شرح م ر وقول الشارح رجلا كان أو امرأة

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٠/٣٥

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٢٦/٣٥

مصور في الرجل بما لو ادعى غائب رضاعا محرما بينه وبين زوجته فلانة وأقام بينة وحلف معها يمين الاستظهار فيكون معه على البت وقوله ولو نكل المنكر أو المدعي عن اليمين إلخ مصور بما لو ادعت مزوجة **بالإجبار** لم يسبق منها مناف رضاعا محرما فهي مدعية ويقبل قولها فلو نكلت وردت اليمين على الزوج حلف على البت ولا يعارضه قولهم يحلف منكره على نفي العلم إذ محله في اليمين الأصلية كما مر ولو ادعت الرضاع فشك الزوج فلم يقع في نفسه صدقها ولا كذبها حلف كما جزم به في الأنوار وما في الروضة من أنه لا يحلف بناء على أنه يحلف على البت وجه ضعيف ا هـ." (١)

"(فصل) في موجب المؤن ومسقطاتها (قوله : في موجب المؤن) إلى قوله : ولها مطالبته في النهاية إلا قوله : قال إلى ويثبت (قوله : ومسقطاتها) أي وما يتبع ذلك كالرجوع بما أنفقه بظن الحمل ا هـ ع ش (قوله : على ما مر) أي من التفصيل (قوله : ومنه) أي التمكين ا هـ ع ش (قوله : أن تقول إلخ) فإن لها النفقة من حينئذ ا هـ مغني (قوله : مكلفة) أي : ولو سفيهة ا هـ ع ش (قوله : أو سكرانة) أي : متعدية ا هـ سم (قوله : أو ولي غيرهما إلخ) قضيته أن غير المحجورة لا يعتد بعرض وليها وإن زوجت **بالإجبار** فلا يجب بعرضه نفقة ولا غيرها ، والظاهر أنه غير مراد اكتفاء بما عليه عرف الناس من أن المرأة سيما البكر إنما يتكلم في شأن جوازها أولياؤها ا هـ ع ش (قوله : متى دفعت المهر الحال) خرج به ما اعتيد دفعه من الزوج لإصلاح شأن المرأة كحمام وتنجيد ونقش فلا يكون عدم تسليم الزوج ذلك عذرا للمرأة بل امتناعها لأجله مانع من التمكين فلا تستحق نفقة ولا غيرها وما اعتيد دفعه أيضا لأهل الزوجة فلا يكون الامتناع لأجله عذرا في التمكين ا هـ ع ش (قوله : بشرط إلخ) متعلق بما يفهمه قوله : ومنه أن تقول : إلخ أي : فتجب لها النفقة بمجرد ذلك القول بشرط إلخ (قوله : الجائز لها) أي : لتسلم المهر ا هـ .كردي (قوله : لأنها) أي المؤن في مقابلته أي : التمكين (قوله : وبشهادة البينة به) أي : بالتمكين ، والباء متعلق بكل من الشهادة ، والإقرار على سبيل التنازع (قوله : أو بأنها في." (٢)

"فسخت لتضررها مغني وأسنى أي : وصورة المسألة كما هو ظاهر أنه لم ينفق بنحو استدانة وحاصله أن وقوع هذا التبطيل لعارض لا يغتفر معه ترك الإنفاق وينبغي توقف الفسخ على الإمهال الآتي ؛ لأنه حينئذ ليس في حكم الموسر لعدم القدرة على الكسب ، والحالة ما ذكر وبذلك يفارق هذا ما ذكره الشارح بقوله : لا تفسخ به لو امتنع إلخ سم (قوله : كذا قالوه) عبارة المغني ، والأسنى كما قاله الماوردي

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٣٧/٣٥

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٥١/٣٥

والروياني وغيرهما ا هـ .(قوله : لو امتنع) أي : من الاقتراض وقوله : فلا فسخ به أي : وعليه فيجبره الحاكم على الاكتساب فإن لم يفد **الإجبار** فيه فينبغي أن تفسخ صبيحة الرابع لتضررها بالصبر ا هـ . ع ش وانظر هل هذا مخالف لما مر عن سم آنفا ؟ ولقول الشارح السابق في أول الفصل فإن فرض عجزه عنه فنادر ا هـ .(قوله : ولا أثر لعجزه) أي : بمرض ا هـ . ع ش أي : ونحوه (قوله : وخرج) إلى المتن في المغني (قوله : وكذا ما يعطاه منجم إلخ) ومثله ما يعطاه الطبيب الذي لا يشخص المرض ولا يحسن الطب ولكن يطالع كتب الطب ويأخذ منها ما يصفه للمريض فإن ما يأخذه لا يستحقه ويحرم عليه التصرف فيه ؛ لأن ما يعطاه أجرة على ظن المعرفة وهو عار منها ويحرم عليه أيضا وصف الدواء حيث كان مستنده مجرد ذلك انتهى فتاوى حج الحديثية بالمعنى ا هـ . ع ش (قوله : فردوه) أي : قولهما ، أو بنحو صنعة إلخ (قوله : وما يعطاه إلخ) عطف على الهاء من قوله : أنه إلخ (قوله : إنما يعطاه أجرة إلخ) محل تأمل لا سيما." (١)

".(قوله في المتن : ولو أعسر زوج أمة إلخ) قال في الروض : وتطالب الأمة زوجها بالنفقة فلو أعطاها برئ وملكها السيد ، وتعلقت بها فليس له منعها قبل إبدالها ، ولها إبراؤه من نفقة اليوم لا الأمس والسيد بالعكس ، وإن ادعى التسليم فأنكرت الأمة فالقول قولها ، وإن صدقه السيد برئ من الماضية فقط إذ الخصومة للسيد في الماضية لا الحاضرة أي : ولا المستقبلة .ا هـ .قال في شرحه : ولو أقرت بالقبض وأنكر السيد فالقول قولها ؛ لأن القبض إليها بحكم الحاكم ، أو بصريح الإذن ذكره الأصل .ا هـ .في الهامش بعد هذه الحاشية (قوله : لم يلزم سيدها إعفافه) قال في شرح الروض : تنبيه لو كانت أمة الموسر زوجة أحد أصوله الذين يلزمه إعفافهم فمؤنتها عليه كما سيأتي وحينئذ فلا فسخ له ، ولا لها وألحق بها نظائرها كما لو زوج أمته بعبده واستخدمه .ا هـ .وقد يشكل كون أمته زوجة أحد أصوله بما قدمه في محرمات النكاح أنه لا ينكح مملوكته ، وأن مملوكة فرعه كمملوكته ، ولم يقيد الفرع بموسر ، ولا معسر والشارح قيده هناك بالموسر ، والعباب عمم إلا أن يصور ما ذكر بما إذا طرأ ملك الفرع فإنه لا يبطل نكاح الأصل كما تقدم (قوله : الفسخ) فاعل (قوله : لكن نص في الأم على إجبارها) قد يؤخذ من قوله السابق : ولو تبرع رجل بها لم يلزمها القبول بل لها الفسخ لما فيه من المنة الدال على أن لزوم القبول مع عدم المنة يمنع الفسخ أنه على **الإجبار** هنا يمتنع الفسخ ، وقد." (٢)

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٩/٣٦

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٥٠/٣٦

"(فصل) .في التعزير وهو لغة من أسماء الأضداد ؛ لأنه يطلق على التفخيم والتعظيم وعلى التأديب وعلى أشد الضرب وعلى ضرب دون الحد كذا في القاموس والظاهر أن هذا الأخير غلط لأن هذا وضع شرعي لا لغوي ؛ لأنه لم يعرف إلا من جهة الشرع فكيف ينسب لأهل اللغة الجاهلين بذلك من أصله والذي في الصحاح بعد تفسيره بالضرب ومنه سمي ضرب ما دون الحد تعزيرا فأشار إلى أن هذه الحقيقة الشرعية منقولة عن الحقيقة اللغوية بزيادة قيد هو كون ذلك الضرب دون الحد الشرعي فهو كلفظ الصلاة والزكاة ونحوهما المنقولة لوجود المعنى اللغوي فيها بزيادة وهذه دقيقة مهمة تفطن لها صاحب الصحاح وغفل عنها صاحب القاموس وقد وقع له نظير ذلك كثيرا وكله غلط يتعين التفطن له وأصله العزر بفتح فسكون وهو المنع والنكاح **والإجبار** على الأمر والتوقيف على الحق وغير ذلك وما قلنا إنه شرعي هو ما تضمنه قوله (يعزر في كل معصية) لله أو لآدمي (لا حد فيها) أراد به ما يشمل القود ليدخل نحو قطع طرف (ولا كفارة) سواء مقدمه ما فيه حد وغيرها إجماعا ولأمره تعالى الأزواج بالضرب عند النشوز ولما صح من فعله صلى الله عليه وسلم ولخبر أبي داود والنسائي ﴿ أنه صلى الله عليه وسلم قال في سرقة تمر دون نصاب غرم مثله وجلدات نكال ﴾ وأفتى به علي كرم الله وجهه فيمن قال لآخر يا فاسق يا خبيث ، وما ذكره هو الأصل وقد ينتفي مع انتفائهما كذوي الهيئات للحديث المشهور من طرق." (١)

"تأخيره حتى يحتمله ا هـ .زاد المغني قال البلقيني : وهذا شرط لأداء الواجب لا أنه شرط للوجوب ا هـ .(قوله : إن خيف عليه إلخ) أي : البالغ العاقل .(قوله : ويأمره به إلخ) عبارة المغني والروض مع شرحه تتمة يجبر الإمام البالغ العاقل إذا احتمله وامتنع منه ولا يضمنه حينئذ إن مات بالختان ؛ لأنه مات من واجب فلو أجبره الإمام فختن أو ختنه أب أو جد في حر أو برد شديد فمات وجب على الإمام دون الأب والجد نصف الضمان ؛ لأن أصل الختان واجب ، والهلاك حصل من مستحق وغيره ويفارق الحد بأن استيفاءه إلى الإمام فلا يؤاخذ بما يفضي إلى الهلاك ، والختان يتولاه المختون أو والده غالبا فإذا تولاه شرط فيه سلامة العاقبة ، وبذلك علم الفرق بينه وبين الولد في الختان ا هـ .(قوله : ويأمره) أي : وجوبا ا هـ .ع ش .(قوله : حينئذ) أي : حين غلبة ظن سلامته منه .(قوله : ولا يضمنه) أي : **بالإجبار** .(قوله : إن مات) أي : بالختان .(قوله : إلا أن يفعله به) أي : يفعل الممتنع الختان بإجبار الإمام .(قوله : فيلزمه) أي : الإمام و (قوله : نصف ضمانه) أي : والنصف الثاني هدر ا هـ .ع ش .(قوله : ولو بلغ مجنونا إلخ) محترز قوله : والعقل ، ولو قال : أما المجنون إلخ كان أولى ا هـ .ع ش .(قوله : فعليه

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٩/١٨٢

) أي : ما رجحه ابن الرفعة .(قوله : يتولاه هو) أي : الخنثى المشكل .(قوله : أو يشتري إلخ) عبارة غيره ، وإلا يشتري إلخ .(قوله : فإن عجز) أي : عن الفعل بنفسه وتحصيل الأمة .(قوله : تولاه." (١)

".(تنبيه) هل يملك الضيف ما أحضر له من الطعام بوضعه بين يديه أو بوضعه في فمه أو بغير ذلك وهل يجري عليه حكم الضيف في غير ذلك أو يفرق بينهما ؟ والظاهر الفرق بدليل أنه هنا له حمل ما أتوا به بخلاف الضيف في غير ذلك وهل له التصرف فيما أحضروه له بغير الأكل كالبيع وكذا يقال فيما زودوه به من كفاية يوم وليلة في ذلك نظر ويحتمل في جميع ذلك الملك والتصرف بغير الأكل .(قوله : فلا يحسب هذا منها) قضيته أنه لا يسقط وهو في غاية الاتجاه لكن ينازع فيه أنهم لما ذكروا عدم المطالبة قالوا بناء على أن الضيافة زائدة على الجزية وإنما يتجه هذا البناء على السقوط إذ لو لم يسقط صح بناؤه أيضا على أنها غير زائدة على الجزية إذ لا يفوت شيء فليتأمل .(قوله : كبير جدوى) فيه نظر إذ توجه المطالبة في الحال والإجبار جدوى أي جدوى." (٢)

"أتوا به) عبارة المغني ولضيفهم حمل الطعام من غير أكل بخلاف طعام الوليمة ؛ لأنه مكرمة وما هنا معاوضة .ا هـ .وفي سم بعد ذكر مثلها عن الروض مع شرحه ما نصه وقد تشعر بأن الضيف يملك الطعام وأنه يتصرف فيه بغير الأكل كالبيع وكذا يقال فيما زودوه به من كفاية يوم وليلة فليراجع ثم رأيت الشارح قال في فصل الوليمة ما نصه : نعم ضيف الذمي المشروط عليه الضيافة يملك ما قدم إليه اتفاقا فله الارتحال به .ا هـ .وقوته تعطي أنه يملكه بالتقديم .ا هـ .(قوله : ولا بطعام ما بعد اليوم) أي : لا يطلب تعجيله منهم .ا هـ .ع ش (قوله : مطلقا) أي : عن التفصيل الآتي آنفا (قوله : فلا يحسب هذا منها) قضيته أنه لا يسقط وهو في غاية الاتجاه .ا هـ .سم بحذف (قوله : ففوتت) ببناء المفعول (قوله : فيحتمل) إلى قوله وإلا عبارة النهاية اتجه أخذ بدلها لأهل الفيء لا سقوطها .ا هـ .(قوله : كبير جدوى) فيه نظر إذ توجه المطالبة في الحال والإجبار جدوى أي جدوى .ا هـ .سم." (٣)

"(قوله : ولو حلفت إلخ) ولو حلف لا يتزوج ثم جن فعقد له وليه لم يحنث لعدم إذنه فيه ذكرته بحثا وهو ظاهر ولو حلف الأمير لا يضرب زيدا فأمر الجلاد بضربه لم يحنث أو حلف لا يبني بيته فأمر البناء ببنائه فبناه فكذلك أو لا يحلق رأسه فأمر حلاقا فحلقه لم يحنث كما جرى عليه ابن المقري لعدم

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠٥/٣٩

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٥٥/٤٠

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٥٩/٤٠

فعله .ا هـ .مغني وقوله ولو حلف الأمير إلخ قدم الشارح مثله في أول فصل الحلف على السكنى (قوله : لم تحنث المجبرة بتزويج مجبرها) ظاهره وإن أذنت له وقد يتوقف فيه لوجود الإذن فالأقرب الحنث بإذنها المذكور ا هـ ع ش وفيه وقفة فلعل الأقرب ظاهر إطلاقهم من عدم الحنث مطلقا ثم رأيت قال الرشيدي قوله : لم تحنث المجبرة بتزويج مجبرها أي **بالإجبار** كما هـ و ظاهر بخلاف ما إذا أذنت وقد يقال هلا انتفى الحنث عن المرأة مطلقا بتزويج الولي نظير ما مر فيما لو حلف لا يحلق رأسه بل أولى ؛ لأن الحقيقة متعذرة أصلا ، والقول بحنثها إنما يناسب مذهب أبي حنيفة أنه إذا تعذرت الحقيقة وجب الرجوع إلى المجاز فليتأمل .ا هـ .(قوله : فيمن حلف لا يراجع إلخ) مثله كما هو ظاهر خلافا لمن أفتى بخلافه من حلف لا يرد زوجته المطلقة بائنا بخلع أو رجعيا إذا أراد الرد إلى نكاحه .ا هـ .سم (قوله بعدم الحنث) وفاقا للأسنى والمغني وخلافا للنهاية (قوله : وبالحنث) اعتمده النهاية ثم رد قول الشارح وقد يقال إلخ بما نصه والقول بذلك أي بعدم الحنث لأنهم اغتفروا إلخ ليس بشيء ا هـ .." (١)

"على فلان ، وديناريـن على فلان ، وثلاثة على فلان أو وكلوا من عقد لهم كذلك (لزمه) أي : كلا ما سماه ولو فوق أجرة المثل ساوى حصته أم لا أما مرتبا فيجوز على المنقول المنصوص ومن ثم قال الإسنوي وغيره : أنه المعروف فجزم الأنوار وغيره بعدم الصحة إلا برضا الباقين ؛ لأن ذلك يقتضي التصرف في ملك غيره بغير إذنه ضعيف نقلا ، وإن كان قويا مدركا ومن ثم اعتمده البلقيني وعليه له ذلك في قسمة **الإجبار** من الحاكم (وإلا) يسم كل منهم قدرا بل أطلقوه (فالأجرة موزعة على الحصص) ؛ لأنها من مؤن الملك كنفقة المشترك هذا في غير قسمة للتعديل ، أما فيها فإنها توزع بحسب المأخوذ قلة وكثرة لا بحسب الحصص الأصلية ؛ لأن العمل في الكثير أكثر منه في القليل هذا إن صحت الإجارة وإلا وزعت أجرة المثل على قدر الحصص مطلقا كما لو أمر القاضي من يقسم بينهم إجبارا (وفي قول على الرءوس) ؛ لأن العمل في النصيب القليل كهو في الكثير." (٢)

"(قوله : وليس للإمام حينئذ) قد يتبادر أن المراد حين إذ لا يكون في بيت المال مال إلخ وعبارة الروض وشرحه وإلا بأن لم يكن فيه أي : في بيت المال سعة أو وجد متبرعا فلا ينصب قاسما إلا لمن سأل نصبه وأجرته حينئذ إذا لم ينصبه الإمام أو نصبه بسؤالهم عليهم سواء أطلبوا كلهم القسمة أم بعضهم ؛ لأن العمل لهم ولا يعين قاسما إذا لم يسأله أحد لئلا يغالي في الأجرة إلى أن قال : ومنعه من التعيين قال

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٢/٢٠٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٣٧٢

القاضي : على جهة التحريم والفوراني على جهة الكراهة إلخ .(قوله : أي : يحرم عند القاضي) في شرح الروض أنه الأوجه قوله : إما مرتبا فيجوز على المنقول إلخ) عبارة الروض فلو انفرد كل بعقد وترتبوا لم يصح إلا برضا الباقين .ا هـ .وقال في شرحه عقب قوله وترتبوا أو لم يترتبوا فيما يظهر .ا هـ .فجعل محل الكلام الانفراد بالعقد سواء كان ترتب أم لا ، ثم قال : نعم له أي : لكل ذلك في قسمة الإجبار بأمر الحاكم .ا هـ .(قوله : فجزم الأنوار وغيره) كالروض (قوله : وعليه له ذلك في قسمة الإجبار من الحاكم) عبارة شرح الروض بأمر الحاكم (قوله : مطلقا) يتبادر أن المعنى حتى في قسمة التعديل فليحرر." (١)

"شرحه : أو لم يترتبوا فيما يظهر انتهى فجعل محل الكلام الانفراد بالعقد سواء أكان ترتب أم لا .ا هـ .سم وعبارة المنهج مع شرحه فإن استأجروا قاسما وعين كل منهم قدرا لزمه ولو فوق أجرة المثل سواء أعقدوا معا أم مرتبين .ا هـ .بأن عقد أحد الشركاء لإفراز نصيبه ثم الثاني كذلك كما قاله القاضي حسين زيادي (قوله : فيجوز) وفاقا لشرح المنهج كما مر والنهاية كما يأتي وخلافا للروض كما مر والمغني عبارته فلو انفرد كل منهم بعقد لإفراز نصيبه وترتبوا كما قالاه أو لم يترتبوا كما بحثه شيخنا صح إن رضي الباقون بل يصح أن يعقد أحدهم ويكون حينئذ أصيلا ووكيلا ولا حاجة حينئذ إلى عقد الباقين فإن لم يرضوا لم يصح كما قاله ابن المقري وصاحب الأنوار وهو الظاهر ؛ لأن ذلك يقتضي التصرف في ملك غيره بغير إذنه نعم لهم ذلك في قسمة الإجبار بأمر الحاكم وقيل يصح وإن لم يرض الباقون ؛ لأن كلا عقد لنفسه .ا هـ ..(قوله : على المنقول المنصوص إلخ) عبارة النهاية عند القاضي واعتمده البلقيني ورد على الإسنوي اعتماده لمقابله .ا هـ .وهي مخالفة للتحفة في النقل عن البلقيني فليحرر .ا هـ .سيد عمر أقول وعن الإسنوي ويوافق ما في التحفة قول الأسنى بعد حل كلام الروض مستدركا عليه ما نصه والترجيح من زيادته وجزم به في الأنوار لكن قال الإسنوي وغيره : المعروف الصحة قال في الكفاية وبه جزم الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم وعليه نص الشافعي .ا هـ .(قوله." (٢)

"(قول المتن وما يبطل نفعه إلخ) أي والمشترك الذي يبطل بقسمته نفعه إلخ .ا هـ .مغني .(قوله : ولو قسم) إلى قوله ويظهر في النهاية والمغني إلا قوله : ولم يعتبروا إلى وفي صغيرين وقوله وكذا في نفيسين وقوله وإن تعدد إلى وهو يصلح .(قوله : ولا يمنعهم إلخ) تصريح بمفهوم قوله إجبارا .(قوله : لما مر) أي في السيف (قول المتن جعله) أي ما ذكر .ا هـ .مغني (قوله : أو طاحونين) الأنسب

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٧٣/٤٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٧٦/٤٣

التأنيث .(قوله : لتيسر التدارك) عبارة المغني وتيسر لانتفاء الضرر مع تيسر تدارك ما احتيج إليه من ذلك بأمر قريب قال الأذرعي : وإنما يتيسر ذلك إذا كان ما يلي ذلك مملوكا له أو مواتا فلو كان ما يليه وقفا أو شارعا أو ملكا لمن لا يسمح ببيع شيء منه فلا وحينئذ يجزم بنفي **الإجبار** .ا هـ .(قوله : وإن أمكن تحصيله إلخ) أي ببيع أو إجارة .ا هـ .مغني .(قوله : لأن شرط المبيع الانتفاع إلخ) أي ولم يمكن بخلاف القسمة .ا هـ .مغني (قوله : لأن شرط المبيع الانتفاع إلخ) انظره مع ما مر من جواز بيع نحو الجحش الصغير .ا هـ .رشيدي." (١)

"(قوله : ولم ير) مفهومه صحة قسمة ما يرى قوله : وأن يكون إلخ) لعل هذا هو السبب في أخذ ذلك وذكره ، وإلا فلا فائدة في ذكر هذه المسألة مع قطع النظر عن ذلك ؛ لأن قاعدة هذه القسمة **الإجبار** عليها كما تقدم وهل المراد هنا قسمة بلا قرعة لئلا تخرج القرعة نصيبه إلى غير جهة أرضه ؟ وسيعلم مما يأتي أن القسمة قد تكون بلا قرعة بأن يتراضيا على أن يأخذ أحدهما هذا ، والآخر الآخر (قوله : مردود بأنه خلاف كلامهم إلخ) كأنه لما أن القسمة لم ترفع العلقة بالكلية." (٢)

"للآخر وإن خرج له الثاني لم يعطه للتفريق .ا هـ .أسنى أي فليبدأ منهما بصاحب الثلث كما نبه عليه الشارح بقوله وثنى بذي الثلث (قوله : وأخذ من ذلك) أي من وجوب الاحتراز من التفريق .(قوله : وأن يكون نصيبه إلخ) لعل هذا هو السبب في أخذ ذلك وذكره وإلا فلا فائدة في ذكره هذه المسألة مع قطع النظر عن ذلك ؛ لأن قاعدة هذه القسمة **الإجبار** عليها كما تقدم وهل المراد هنا القسمة بلا قرعة لئلا تخرج القرعة نصيبه إلى غير جهة أرضه وسيعلم مما يأتي أن القسمة قد تكون بلا قرعة بأن يتراضيا على أن يأخذ أحدهما هذا والآخر الآخر .ا هـ .سم ومر قبيل الفرع عن ع ش وما يوافقه (قوله : ليتصلا) أي نصيبه وأرضه ففيه تغليب المذكر على المؤنث .(قوله : وقد يشمله) عبارة النهاية كما قد يدل على ذلك .ا هـ ..(قوله : ولو عرضا في الطول) عبارة النهاية ولو طولا .ا هـ ..(قوله : قبل البناء أو بعد الهدم) أي للدار الخاصة به مثلا ومراده بهذا تصوير انتفاعه بما يخرج له وإن كان قليلا .ا هـ .رشيدي .(قوله : فإن كان نصيب كل) أي من المتفقين (قوله : لكن هذا مردود بأنه إلخ) كأنه ؛ لأن القسمة لم ترفع العلقة بالكلية .ا هـ .سم (قوله : بخلاف ما مر) أي آنفا (قوله : لو كان نصف الدار) إلى التنبيه في

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٨٦/٤٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٠٢/٤٣

المغني والروض مع شرحه .(قوله : وحينئذ فلكل من الخمسة القسمة تبعا له إلخ) قضيته أنه لكل من الباقين فيما مر آنفا القسمة تبعا للمتفقين وإن كان نصيبه لا ينتفع به بعادة." (١)

"الأرض .(قوله : لم يجب أحدهم للقسمة) عبارة المغني والروض ، ثم طلب واحد منهم القسمة لم يجبر الباقون عليها .ا هـ ..(قوله : أو كانت الدار لعشرة إلخ) هذا موافق لما قدمه آنفا من قولهم لو أراد جمع إلخ إلا أن ما هنا مطلق يشمله ويشمل ما قدمه عن بحث بعضهم فيتأيد به ذلك البحث فليراجع .(قوله : كما كانوا ينتفعون به قبل القسمة) ولم يعتبروا مطلق الانتفاع لعظم التفاوت بين أجناس المنافع أسنى ومغني .(قوله : مما ذكره) أي المصنف .(قوله : في حالتي تساوي الأجزاء إلخ) أي : الأنصباء .(قوله : فيما يظهر) عبارة النهاية كما يظهر من إطلاقهم .ا هـ ..(قوله : على أن هذه القسمة إفراز) أي بناء على ما يأتي من أن قسمة الأجزاء **بالإجبار** والتراضي إفراز للحق في الأظهر .(قوله : وبهذا) أي بقوله لا بيع إلخ .(قوله : لا يجوز فيها في الربوي أخذ أحد أكثر من حقه) عبارة النهاية امتنع ذلك في الربوي إذ لا يجوز لأحد أخذ زائد على حقه فيه .ا هـ ..(قوله : فيأتي فيه هنا) أي في الربوي المنقسم قسمة بيع .(قوله : جميع ما مر إلخ) عبارة المغني في شرح وقسمة الأجزاء إفراز إلخ وحيث قلنا القسمة بيع ثبت فيها أحكامه من الخيار والشفعة وغيرهما إلا أنه لا يفتقر إلى لفظ بيع أو تمليك وقبول ويقوم الرضا مقامهما فيشترط في الربوي التقابض في المجلس وامتنعت في الرطب والعنب وما عقدت النار أجزاءه ونحو ذلك كما علم من باب الربا ، وإن قلنا هي إفراز جاز لهم ذلك ويقسم." (٢)

"النوع (الثاني) القسمة (بالتعديل) بأن تعدل السهام بالقيمة (كأرض تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة إنبات وقرب ماء) ونحوهما مما يرفع قيمة أحد الطرفين على الآخر كبستان بعضه نخيل وبعضه عنب ، ودار بعضها من حجر وبعضها من لبن فيكون الثلث لجودته كالثلثين قيمة فيجعل سهما وهما سهما إن كانت نصفين فإن اختلفت كنصف وثلث وسدس جعلت ستة أجزاء بالقيمة لا بالمساحة فعلم أنه لا بد من علم القيمة عند التجزئة (ويجبر) الممتنع منها (عليها) أي : قسمة التعديل (في الأظهر) إلحاقا للتساوي في القيمة به في الأجزاء نعم إن أمكن قسمة الجيد وحده ، والرديء وحده لم يجبر عليها فهما كأرضين تمكن قسمة كل منهما بالأجزاء فلا يجبر على التعديل كما بحثه الشيخان وسبقهما إليه جمع متقدمون ولا يمنع **الإجبار** في المنقسم الحاجة إلى بقاء طريق ونحوها مشاعة بينهم يمر كل فيها إلى ما

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٠٨/٤٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٠٩/٤٣

خرج له إذا لم يمكن إفراد كل بطريق ولو اقتسما بالتراضي السفل لواحد والعلو لآخر ولم يتعرضا للسطح بقي مشتركا بينهما كما أفتى به بعضهم ومر عن الماوردي والروياني ما يصرح به وكأنه إنما لم ينظر لبقاء العلقة بينهما ؛ لأن السطح تابع كالطريقs." (١)

"والرديء وفي بعض النسخ فيها بضمير المؤنث أي في الأرض المذكورة وعلى كل منهما فالأولى حذف قوله فلا يجبر على التعديل كما في المغني (قوله : في المنقسم) يعني فيما يمكن قسمته إفرازا أو تعديلا أخذا من إظهاره في موضع الإضمار ، ثم رأيت ما يأتي قبيل قول المتن الثالث بالرد فلله الحمد .(قوله : إذا لم يمكن إلخ) مفهومه أن بقاء الإشاعة في نحو الطريق يمنع **الإجبار** عند إمكان الإفراز .(قوله : ولو اقتسما بالتراضي إلخ) عبارة المغني والروض قبيل النوع الثالث ويجبر الممتنع على قسمة علو وسفل من دار أمكن قسمتها لا على قسمة أحدهما فقط أو على جعله لواحد والآخر لآخر ، واللبن بكسر الموحدة إن استوت قوالبه فقسمته قسمة المتشابهات وإن اختلفت فالتعديل .ا ه .فيأتي فيهما **الإجبار** أسنى .(قوله : كما أفتى به بعضهم) عبارة النهاية كما هو ظاهر .ا ه .(قوله : ومر) أي في الفرع وقوله م ، يصرح به أي بجواز تلك القسمة .(قوله : وكأنه إنما لم ينظر لبقاء العلقة إلخ) أي : حيث قالوا بصحة القسمة مع بقاء الشركة في السطح ولم يقولوا بفسادها لوجود الشركة في بعض المشترك .ا ه .ع ش وكتب عليه السيد عمر أيضا ما نصه لك أن تقول أن ما ذكر غني عن التوجيه ؛ لأن الفرض أن القسمة بالتراضي وحينئذ فلا إشكال إذ من المعلوم كما هو ظاهر أنه لو كانت الدار مشتركة بين اثنين مناصفة فأرادا قسمة نصفها بالتراضي وبقاء النصف على الإشاعة لم تمتنع فليتأمل .ا ه .ومر آنفا عن." (٢)

"(قول المتن قيمة دارين أو حانوتين) أي مثلا لاثنين بالسوية فطلب أي : كل من الشريكين .ا ه .مغني وعبارة الأسنى أحد الشريكين .ا ه .وهذه هي الصواب الموافق لقول الشارح الآتي فطلب أحدهما إذ لا معنى لنفي **الإجبار** مع التراضي (قول المتن فطلب جعل كل لواحد) أي على الإبهام بحسب ما تقتضيه القرعة كما لا يخفى .ا ه .رشيدي (قول المتن جعل كل) أي من الدارين أو الحانوتين لواحد أي بأن يجعل له دارا أو حانوتا ولشريكه كذلك .ا ه .مغني .(قوله : نعم لو اشتركا في دكاكين إلخ) عبارة المغني ويستثنى من الدارين ما إذا كانت الداران لهما بملك القرية المشتملة عليهما وشركتهما بالنصف وطلب أحدهما قسمة القرية واقتضت القسمة نصفين جعل كل دار نصيبا فإنه يجبر على ذلك ومن الحانوتين

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤١١

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤١٣

ما إذا اشتركا إلخ قال الجيلي ومحلهما إذا لم تنقص القيمة بالقسمة وإلا لم يجبر جزما .ا هـ ..(قوله : في دكاكين إلخ) أي ونحوها شرح المنهج .(قوله : صغار متلاصقة مستوية القيمة إلخ) أي بخلاف نحو الدكاكين الكبار والصغار الغير الموصوفة بما ذكر فلا إجبار فيها ، وإن تلاصقت الكبار واستوت قيمتها لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية كالجنسين .ا هـ .شرح المنهج .(قوله : أجيب) وينزل ذلك منزلة الخان المشتمل على البيوت والمساكن مغني وأسنى .(قوله : قال الجيلي إلخ) أقره النهاية والمغني .(قوله : وخرج بقوله كل لواحد إلخ) عبارة شرح المنهج ومعلوم مما مر أي : في القسمة." (١)

"(أو) استوت قيمة متقوم نحو (عبيد أو ثياب من نوع) وصنف واحد فطلب جعل كل لواحد كثلاثة أعبد مستوية كذلك بين ثلاثة وكثلاثة يساوي اثنان منها واحدا بين اثنين (أجبر) إن زالت الشركة بها لقلة اختلاف الأغراض فيها (أو) من (نوعين) أو صنفين كتركي وهندي وضائنتين شامية ومصرية استوت قيمتهما أم لا وكعبد وثوب (فلا) إجبار لشدة تعلق الغرض بكل نوع وعند الرضا بالتفاوت في قسمة هي بيع قال الإمام : لا بد من لفظ البيع ؛ لأن لفظ القسمة يدل على التساوي واستحسنه غيره .قال بعضهم : وهو فقه ظاهر لكن نازعه البلقيني إذا جرى أمر ملزم وهو القبض بالإذن أي : ويكون الزائد عند العلم به كالموهوب المقبوض .هذا والذي في أصل الروضة أن قسمة الرد لا يشترط فيها لفظ بيع ولا تمليك وإن كانت بيعا وعبر في الروض بما يصرح بأن ما عدا قسمة الإجبار .قال شيخنا في شرحه : سواء قسمة الرد وغيرها لا يشترط فيها ذلك وعليه فكلام الإمام مقالة ولمستأجري أرض تناوبها بلا إجبار وقسمتها أي : حيث لم تؤثر القسمة نقصا فيها كما هو ظاهر وهل يدخلها الإجبار ؟ وجهان وقضية الإجبار في كراء العقب الإجبار هنا إلا أن يفرق بتعذر الاجتماع على كل جزء من أجزاء المسافة ثم فتعينت القسمة إذ لا يمكن استيفاؤهما المنفعة إلا بها بخلافها هنا وهو ظاهر ولو ملكا شجرا دون أرضه فالذي يظهر أنهما إن استحقا منفعتها دائما بنحو وقف لم يجبر على القسمة أخذا مما مر عن." (٢)

"الماوردي والروياني ؛ لأن استحقاق المنفعة الدائمة كملكها فلم تنقطع العلقة بينهما وإن لم يستحقاها كذلك أجبرا ، وإن كانت إفرازا أو تعديلا ، ولا نظر لبقاء شركتهما في منفعة الأرض ؛ لأنها بصدد الانقضاء وكما لا تضر شركتهما في نحو الممر مما لا يمكن قسمته ويأتي في قسمتهما المنفعة هنا الوجهان السابقان ووقع لجمع هنا خلاف ما تقرر فاجتنبه .s(قوله : أجبرا وإن كانت إفرازا أو تعديلا) كذا بالواو في وأن

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤١٦

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤١٨

كما ترى مع أن **الإجبار** لا يدخل غير الإفراز والتعديل .(قوله : أيضا وإن كانت إفرازا) هذا قد يدل على أن قسمة الشجر قد تكون إفرازا." (١)

".(قوله : أو استوت) إلى قوله وعند التراضي في شرح المنهج إلا قوله : متقوم وقوله وصنف وقوله أو صنفين وكذا في المغني إلا قوله : أو ضأنتين إلى وكعبد .(قوله : متقوم) الأولى تركه .(قوله : نحو عبيد إلخ) أي كدواب أو أشجار أو غيرها من سائر العروض .ا هـ .مغني .(قوله : وصنف) اقتصر شيخ الإسلام والمغني على النوع وقال البجيرمي : أراد بالنوع الصنف بدليل ما ذكره في أمثلة النوعين ؛ لأنه أصناف .ا هـ .(قوله : كثلاثة أعبد) زنجية .ا هـ .شرح المنهج .(قوله : كذلك) أي قيمة .(قوله : وكثلاثة يساوي إلخ) بأن يكون قيمة أحدهم مائة والآخرين مائة .ا هـ .مغني .(قوله : إن زالت الشركة إلخ) أما إذا بقيت الشركة في البعض كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له قرعة الخسيس به ويبقى له ربع الآخر فإنه لا إجبار في ذلك مغني وروض وشيخ الإسلام .(قوله : وكعبد وثوب) عبارة المغني والأسنى أو من جنسين كما فهم بالأولى كعبد وثوب .ا هـ .(قوله : فلا إجبار) أي في ذلك وإن اختلط وتعذر التمييز كتمر جيد ورديء وإنما يقسم مثل هذا بالتراضي .ا هـ .مغني (قوله : وعند التراضي إلخ) متعلق بقوله قال الإمام إلخ .(قوله : وعبر في الروض بما يصرح إلخ) عبارته مع شرحه ويشترط في غير قسمة **الإجبار** وهو القسمة الواقعة بالتراضي من قسمة الرد وغيرها وإن تولاها منصوب الحاكم التراضي قبل القرعة وبعدها ولا يشترط في القسمة بيع." (٢)

"ولا تمليك أي التلفظ بهما وإن كانت بيعا .ا هـ .ومر عن المغني ما يوافقها .(قوله : وهل يدخلها **الإجبار** وجهان) المعتمد لا كما يأتي وعليه فالقياس أنهما إذا لم يتراضيا على شيء آجرها الحاكم عليهما قطعا للنزاع .ا هـ . ع ش (قوله : وهو ظاهر) وفاقا للروض وخلافا للبلقيني والمغني كما مر .(قوله : بنحو وقف) أي كالوصية مغني وأسنى .(قوله : أخذا مما مر إلخ) أي في الفرع (قوله : كذلك) أي دائما .(قوله : وإن كانت إفرازا إلخ) كذا في النهاية وفيما بأيدينا من نسخ الشارح بلا واو وهو في نسخة سم بالواو عبارته قوله : وإن كانت إفرازا أو تعديلا كذا بالواو وإن إلخ كما ترى مع أن **الإجبار** لا يدخل غير الإفراز والتعديل ، ثم هذا قد يدل على أن قسمة الشجر قد تكون إفرازا .ا هـ .عبارة ع ش قوله : إن كانت إفرازا أي بأن كانت مستوية الأجزاء .ا هـ .وعبارة الرشيدي قوله : إن كانت إفرازا أو تعديلا أي بخلاف ما إذا

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤١٩/٤٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٢٠/٤٣

كان ردا إذ لا إجبار فيها .ا هـ ..(قوله : لأنها) أي الشركة في منفعة الأرض .(قوله : وكما لا يضر إلخ) عطف على قوله ؛ لأنها إلخ .(قوله : المنفعة هنا) أي : فيما إذا استحقا منفعة الأرض بنحو وقف .(قوله : الوجهان السابقان) لعل مراده السابقان في كراء العقب أي : بالزمان أو المكان وإن اختلفت الكيفية في الثاني وعبارة الروض تقسم المنافع مهايأة مياومة ومشاهرة ومسانهة وعلى أن يسكن أو يزرع هذا مكانا وهذا مكانا .ا هـ .رشيدي." (١)

"النوع (الثالث) القسمة (بالرد) وهي التي يحتاج فيها لرد أحد الشريكين للآخر مالا أجنبيا (بأن) أي : كأن (يكون في أحد الجانبين) ما يتميز به عن الآخر وليس في الآخر ما يعادله إلا بضم شيء من خارج إليه ومنه (بئر أو شجر) مثلا (لا يمكن قسمته فيرد من يأخذه قسط قيمته) أي : نحو البئر أو الشجر فإذا كانت قيمة كل جانب ألفا ، وقيمة نحو البئر ألفا رد من أخذ جانبها خمسمائة قيل : وما اقتضته عبارة الروضة كأصلها والمحرر من رد الألف خطأ .ا هـ .وصوابه غير مراد وما تمكن قسمته ردا وتعديلا فطلب أحدهما الرد ، والآخر التعديل أجيب من طلب قسمة فيها **الإجبار** وإلا اشترط اتفاقهما على واحدة بعينها (ولا إجبار فيه) أي : هذا النوع ؛ لأنه دخله ما لا شركة فيه وهو المال المردود (وهو) أي : هذا النوع وهو قسمة الرد (بيع) لوجود حقيقته وهو مقابلة المال بالمال فتثبت أحكامه من نحو خيار وشفعة نعم لا يفتقر للفظ نحو بيع أو تمليك وقبول بل يقوم الرضا مقامهما ولهما الاتفاق على من يأخذ النفيس ويرد ، وأن يحكما القرعة ليرد من خرج له (وكذا التعديل) أي : قسمته بيع (على المذهب) ؛ لأن كل جزء مشترك بينهما وإنما دخلها **الإجبار** للحاجةs(قوله : ردا وتعديلا) هل يصور بأرض بينهما نصفين في ثلثها شجر إن جعل ثلثاها جزءا عادل ثلث الشجر وإن نصفت احتيج للرد." (٢)

"(وقسمة الأجزاء) **بالإجبار** والتراضي (إفراز) للحق أي : يتبين بها أن ما خرج لكل هو الذي ملكه كالذي في الذمة لا يتعين إلا بالقبض (في الأظهر) إذ لو كانت بيعا لما دخلها إجبار ، ولما جاز فيها الاعتماد على القرعة كذا قالوه وهو مشكل ؛ لأن قسمة التعديل بيع وقد دخلها **الإجبار** وجاز الاعتماد فيها على القرعة وجوابه أن كلا منهما لما انفرد ببعض المشترك بينهما صار كأنه باع ما كان له بما كان للآخر ولم نقل بالتبين كما قلنا في الإفراز للتوقف هنا على التقويم وهو تخمين قد يخطئ ، ومن ثم كانت قسمة الرد بيعا لذلك وإنما وقع **الإجبار** في قسمة التعديل للحاجة إليه كما يبيع الحاكم مال المدين جبرا

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٢١/٤٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٢٢/٤٣

ولم يقع في الرد ؛ لأنه إجبار على دفع مال غير مستحق وهو بعيد .وقيل : الإفراز بيع فيما لا يملكه من نصيب صاحبه إفراز فيما كان يملكه قبل القسمة ودخله الإجبار للحاجة وهذا أوجه في المعنى ومن ثم جريا عليه في مواضع لكن المعتمد الأول ، ولا تتأثر القسمة بشرط فاسد إلا إذا كانت بيعا ، وقسمة الوقف من الملك لا تجوز إلا إذا كانت إفرازا ولا رد فيهما من المالك وإن كان فيها رد من أرباب الوقف بخلاف ما إذا كانت بيعا فإنها تمتنع مطلقا وفيها رد من المالك ؛ لأنه حينئذ يأخذ بإزاء ملكه جزءا من الوقف وهو ممتنع وإن نازع في ذلك السبكي وغيره سواء أكان الطالب المالك أم الناظر أم الموقوف عليهم وفي شرح المهذب في الأضحية إذا اشترك جمع في بدنة أو بقرة لم تجز." (١)

".(ويشترط في) قسمة (الرد الرضا) باللفظ (بعد خروج القرعة) ؛ لأنها بيع وهو لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى التراضي بعده (ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه)كقسمة تعديل وإفراز (اشترط) فيما إذا كان هناك قرعة (الرضا بعد القرعة في الأصح كقولهما رضينا بهذه القسمة) أو بهذا (أو بما أخرجته القرعة) ، أما في قسمة التعديل فلأنها بيع كقسمة الرد ، وأما في غيرها فقياسا عليها ؛ لأن الرضا أمر خفي فأنيط بظاهر يدل عليه ولا يشترط لفظ نحو بيع فإن لم يحكما القرعة كأن اتفقا على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين ، والآخر الآخر ، أو أحدهما الخسيس ، والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فلا حاجة إلى تراض ثان ، أما قسمة الإجبار فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها .قيل : في كلامه خلل من أوجه : أن ما لا إجبار فيه هو قسمة الرد فقط وقد جزم باشتراط الرضا فيها فلزم التكرار والجزم أولا وحكاية الخلاف ثانيا وأنه عبر بالأصح وفي الروضة بالصحيح وأنه عكس ما بأصله فإنه لم يذكر فيه هذا الخلاف إلا في قسمة الإجبار .قيل : فكأن المتن أراد أن يكتب ما فيه إجبار فكتب ما لا إجبار فيه ولعل عبارته ما الإجبار فيه فحرفت وبهذا يزول التكرار والتناقض والتعاكس وأنه أطلق الخلاف ومحله حيث حكموا قاسما فإن تولاها حاكم أو منصوبه جبرا لم يعتبر الرضا قطعا ولو نصبوا وكيلا عنهم اشترط رضاهم بعد القرعة قطعا ، وكذا لو قسموا بأنفسهم .ا هـ .حاصل ما أطالوا به وكله." (٢)

"تعسف وحاصل ما يندفع به كل ما أبدوه أن المراد بما لا إجبار فيه كما دل عليه السياق أنه لا إجبار فيه الآن باعتبار التراضي وإن كان فيه الإجبار باعتبار أصله ، وعبارة المحرر القسمة التي لا يجبر عليها إذا جرت بالتراضي والمراد بها ما ذكرته أيضا فحينئذ هما مسألتان ما يتعلق بالرد وما يتعلق بالتعديل

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٢٥

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٣١

والإفراز والخلاف في الثانية بقسميها له وجه نظرا إلى الرضا العارض وإلى **الإجبار** الأصلي كما أن الجزم في الأولى له وجه وكونه قواه هنا وضعفه في الروضة فكثيرا ما يقع له ولا اعتراض عليه فيه ؛ لأن منشأه الاجتهاد وهو يتغيرs." (١)

"(قوله : ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه اشترط الرضا إلخ) عبارة المنهج وشرحه وشرط لقسمة ما قسم بتراض من قسمة رد وغيرها ولو بقاسم يقسم بينهما بقرعة رضيا بها بعد خروج القرعة وإن لم يحكما القرعة كأن اتفقا على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين ، والآخر الآخر ، أو أحدهما الخسيس ، والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فلا حاجة إلى تراض ثان أما قسمة ما قسم إجبارا فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها .ا هـ .باختصار الأدلة بقي أنه ما المراد بجريان القسمة **بالإجبار** أو بالتراضي وقد أفاد ذلك عبارة الأنوار حيث قال : ولا يشترط الرضا في قسمة **الإجبار** لا عند إخراج القرعة ولا بعدها وهي أن يترافعا للحاكم لينصب قاسما ليقسم بينهما فيفعل ويقسم المنصوب ولو تراضيا بقاسم يقسم بينهما أو تقاسما بأنفسهما فيشترط التراضي بعد خروج القرعة ولا يكفي الرضا الأول ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها .ا ه. .ولما ساق الجلال المحلي أنه اعترض على قول المنهاج لا إجبار فيه بأن صوابه عكسه كما في المحرر وقال : ويجاب بأن المراد ما انتفى فيه **الإجبار** مما هو محله ، وهو أصرح في المراد مما في المحرر .ا هـ .قال شيخنا الشهاب البرلسي : وذلك ؛ لأن عبارة المحرر تصدق بما لو ترافعا للقاضي عن رضا منهما وسألاه أن يقسم بينهما قسمة إفراز أو تعديل فقسم بينهما وأقرع فإن إقراعه إلزام لهما لا يتوقف على رضا بعد ذلك كما أشار إليه الشارح فيما سلف صدر الباب بخلاف عبارة." (٢)

"(قول المتن ويشترط إلخ) أي إذا كان هناك قرعة .ا هـ .شرح المنهج ويأتي في الشارح ما يقيده .(قوله : باللفظ) إلى قوله فحينئذ هما مسألتان في النهاية إلا لفظة قيل الثانية وقوله ومحله إلى وحاصل ما يندفع (قول المتن بعد خروج القرعة) أي وقبله روض وشيخ الإسلام ومغني .(قوله : فافتقر إلى التراضي بعده) أي : كقبله شيخ الإسلام ومغني (قول المتن ولو تراضيا) أي : الشريكان مثلا .ا هـ .مغني .(قوله : كقسمة تعديل إلخ) الكاف استقصائية كما يفيده قوله : الآتي فحينئذ فهما مسألتان إلخ (قول المتن اشترط الرضا إلخ) وظاهر أنه لا بد أن يعلم كل منهما ما صار إليه قبل رضاه عناني .ا هـ .بجيرمي وتقدم في شرح أو نوعين ما يفيده .(قوله : فيما إذا كان هناك قرعة) سيذكر محترزه وكان الأولى تقديمه وكتابته

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣٢/٤٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣٣/٤٣

عقب قول المصنف بعد خروج القرعة .(قوله : وأما في غيرها) أي في قسمة الإفراز إذا قسمت بالتراضي ا هـ .حلبي .(قوله : ولا يشترط إلخ) أي في القسمة مطلقا ا هـ .عميرة ويفيده كلام الشارح بعد .(قوله : لفظ نحو بيع) الأولى القلب (قوله : نحو بيع) أي كتمليك ا هـ .مغني .(قوله : على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين إلخ) أي : في التعديل والإفراز وقوله أو أحدهما الخسيس إلخ أي : في الرد فقط .(قوله : فلا حاجة إلى تراض ثان) ويمتنع على كل منهما بعد ذلك طلب قسمة أخرى ، ويتعين له ما اختاره ا هـ .بجيرمي عن العزيزي .(قوله : أما قسمة **الإجبار** إلخ) عبارة المنهج مع." (١)

"شرحه وشرط لقسمة ما قسم بتراض من قسمة رد وغيرها ولو بقاسم يقسم بينهما بقرعة رضا بها بعد خروج القرعة فإن لم يحكما القرعة إلخ أما قسمة ما قسم إجبارا فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها ا هـ .باختصار بقي أنه ما المراد بجريان القسمة **بالإجبار** أو بالتراضي وقد أفاد ذلك الأنوار بما نصه ولا يشترط الرضا في قسمة **الإجبار** لا عند إخراج القرعة ولا بعدها وهي أن يترافعا للحاكم لينصب قاسما يقسم بينهما فيفعل ويقسم المنصوب ولو تراضيا بقاسم يقسم بينهما أو تقاسما بأنفسهما فيشترط التراضي بعد خروج القرعة ولا يكفي الرضا الأول ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها ا هـ .ولما أجاب الجلال المحلي عن الاعتراض على قول المنهاج لا إجبار فيه بأن صوابه عكسه كما في المحرر بأن المراد ما انتفى فيه **الإجبار** مما هو محله وهو أصرح في المراد مما في المحرر قال شيخنا الشهاب البرلسي : وذلك لأن عبارة المحرر تصدق بما لو ترافعا للقاضي عن رضا منهما وسألاه أن يقسم بينهما قسمة إفراز أو تعديل فقسم بينهما وأقرع فإن إقراعه إلزام لهما لا يتوقف على رضا بعد ذلك كما أشار إليه الشارح في صدر الباب بخلاف عبارة المنهاج باعتبار التأويل المذكور هذا غاية ما ظهر لي وهو مراده إن شاء الله تعالى انتهى .وقوله فإن إقراعه إلزام إلخ لا ينافي قول شرح الروض ويشترط في القسمة الواقعة بالتراضي من قسمة الرد وغيرها وإن تولاها منصوب الحاكم التراضي قبل القرعة وبعدها .." (٢)

"ا هـ .لجواز حمله أي قول شرح الروض على تراضيهما بمنصوب الحاكم بدون ترافع للحاكم فيكون بمعنى قول الأنوار السابق ولو تراضيا بقاسم يقسم بينهما فليتأمل ا هـ .سم ويأتي في بيان الاعتراضات على المتن إلخ وفي شرح ولو ادعاه في قسمة تراض ما يؤيده قول الأنوار بل يصرح به (قوله : قيل في كلامه) إلى قوله وأنه أطلق في المغني (قوله : قيل في كلامه) عبارة المغني قال الشيخ برهان الدين والفزاري وتبعه

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٣٥

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٣٦

في المهمات في كلام المصنف إلخ .(قوله : من أوجه) أي خمسة .(قوله : وقد جزم باشتراط الرضا إلخ) عبارة المغني وقد ذكرها قبله بلا فاصلة وجزم إلخ .(قوله : وفي الروضة بالصحيح) محل تأمل بل الذي في الروضة وأصلها الأظهر وكذا نقله المحقق المحلي على الصواب .ا هـ .سيد عمر (قوله : قيل فكان المتن إلخ) عبارة المغني وقال في التوشيح : الذي يظهر أنه أراد المنهاج أن يكتب ما فيه إجبار فكتب ما لا إجبار فيه وأنا أرجو أن يكون عبارته ما **الإجبار** فيه بالألف واللام في **الإجبار** ، ثم سقطت الألف فقرئت ما لا إجبار فيه وبهذا إلخ (قوله : فحرفت) أي بكتابة الألف بعد اللازم وألف إجبار المتصل باللام .(قوله : والتناقض) يعني الجزم أولا ، وحكاية الخلاف ثانيا .(قوله : وأنه أطلق إلخ) عطف على قوله وأنه عكس إلخ ولم يذكر التحفة ولا الشارح الجواب عن هذا .ا هـ .رشيدي .(قوله : وكله تعسف) يتأمل فإن نسبته إلى التعسف مع ظهور وروده والاحتياج في دفعه إلى مخالفة الظاهر جدا." (١)

"في غاية التعسف .ا هـ .سم وأيضا أنه أقر الوجه الخامس ولم يجب عنه (قوله : وإن كان فيه **الإجبار** إلخ) الواو حالية أخذا من قوله الآتي والخلاف في الثانية إلخ .(قوله : التي لا يجبر عليها) كذا في نسخ التحفة والنهاية والذي في المغني كسائر نسخ المحلي التي يجبر بدون لا وهو الظاهر فليحرر ، ثم رأيته كذلك في نسخة من المحرر بدون لا .ا هـ .سيد عمر عبارة الرشيدي قوله : القسمة التي لا يجبر إلخ كذا في نسخ الشارح بإثبات لا قبل يجبر والصواب حذفها .ا هـ .(قوله : فحينئذ) أي حين كون المراد بما في المتن ما ذكرته هما أي ما جزم به المتن أولا وما حكي فيه الخلاف ثانيا مسألتان أي فزال التكرار ، والتناقض والتعاكس .(قوله : بقسميها) أي : التعديل والإفراز .(قوله : واستشكل إلخ) يستفاد منه أن المراد بقسمة **الإجبار** هنا ما مر عن سم عن الأنوار آنفا .(قوله : في الأولى) أي الرد (قوله : قواه) أي الخلاف .(قوله : فكثيرا ما إلخ) هذا على تقدير أما قبيل وكونه إلخ .(قوله : يقع إلخ) أي نظير تلك المخالفة." (٢)

"كانت بالأجزاء (نقضت إن ثبت) بحجة ؛ لأنه لا إفراز مع التفاوت (وإلا) يثبت (فيحلف شريكه والله أعلم) .نظير ما مر في قسمة **الإجبار** ولو أقرا بصحة القسمة وأن كلا تسلم ما يخصه ، ثم ادعى أحدهما أن شريكه تعدى بأخذ أكثر من حصته ؛ لأن الحد هذا وقال المدعى عليه : بل الحد هذا اختص هذا بما وراء الحد الأول والمدعي بما وراء الحد الثاني وقسم ما بين الحدين على نسبة ما كان

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣٧/٤٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣٨/٤٣

بينهما قبل القسمة ؛ لأن الأصل الإشاعة فرجع إليها عند التنازع حيث لا مرجح كذا جزم به بعضهم فإن قلت ينافي هذا قول الروضة ولو تقاسما ، ثم تنازعا في قطعة من الأرض فقال : كل هذا من نصيبي ولا مرجح تحالفا ، وفسخت القسمة كالمتبايعين ورجح أبو حامد باليد إن وجدت ؛ لأن الآخر يدعي غصبه والأصل عدمه قلت المنافاة ظاهرة لولا اعتراف كل في تلك بأن كلا تسلم ما يخصه ومع ذلك فالذي يتجه في تلك ما قاله الشيخ أبو حامد من أنه لا يقبل قول من ادعى تعدي صاحبه بتقديم الحدs." (١)

"اعترف به القاسم وصدقوه نقضت القسمة فإن لم يصدقوه بأن كذبوه أو سكتوا لم تنقض ورد الأجرة كالقاضي يعترف بالغلط أو الحيف في الحكم إن صدقه المحكوم له رد المال المحكوم به إلى المحكوم عليه وإلا فلا وغرم القاضي للمحكوم عليه بدل ما حكم به وقول القاسم في قسمة **الإجبار** حال ولايته قسمت كقول القاضي وهو في محل ولايته حكمت فيقبل وإلا لم يقبل بل لا تسمع شهادته لأحد الشريكين وإن لم يطلب أجرة إذا ذكر فعله .ا هـ ..(قوله : رجاء أن يثبت حيفه) لعل المراد ثبوته بإقراره ؛ لأنه هو الذي يترتب عليه الغرم إذ لو ثبت بالبينة نقضت القسمة فلا غرم ويدل على هذا تنظيره بمسألة القاضي .ا هـ .رشيدي .(قوله : ويغرم) أي بدل ما نقص من سهم المدعي كما مر آنفا عن المغني والروض مع شرحه .(قوله : كما لو قال إلخ) راجع للمعطوف فقط (قول المتن ولو ادعاه) أي الغلط أو الحيف .ا هـ .مغني .(قوله : في غير ربوي) سيذكر محترزه .(قوله : ورضيا) راجع للمعطوف عليه أيضا (قول المتن لا أثر للغلط) أي أو الحيف .ا هـ .شيخ الإسلام (قوله : لرضا صاحب الحق بتركه) هذا يؤيد بل يصرح بما قدمناه عن العناني من أنه لا بد في القسمة بتراض أن يعلم كل من الشريكين ما صار إليه قبل رضاه .(قوله : تحقق غلط) أي أو حيف .ا هـ .مغني (قول المتن قلت) أي كما قال الرافعي في الشرح وقوله وإن قلنا إفراز نقضت إن ثبت بحجة إلخ هذا الحكم يؤخذ من اقتصار المحرر على التفريع على." (٢)

"(ولو استحق بعض المقسوم شائعا) كالربع (بطلت فيه وفي الباقي خلاف تفريق الصفة) والأظهر منه أنه يصح ، ويتخير كل منهم وقيل : يبطل في الكل وأطال الإسنوي في الانتصار له (أو) استحق (من النصيبين) شيء (معين) فإن كان بينهما (سواء بقيت) القسمة في الباقي إذ لا تراجع بين الشريكين (وإلا) يكن سواء بأن اختص بأحد النصيبين أو عمهما لكنه في أحدهما أكثر (بطلت) ؛ لأن ما يبقى لكل ليس قدر حقه بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإشاعة ولو بان فساد القسمة وقد

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٤٠/٤٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٤٢/٤٣

أنفق أو زرع أو بنى مثلا أحدهما أو كلاهما جرى هنا ما مر فيما إذا بان فساد البيع وقد فعل ذلك لكن الأوجه أنه لا يلزم كل شريك هنا من أرش نحو القلع إلا قدر حصته ؛ لأن التغرير من جهته إنما هو فيه لا غير (تنبيه) .قد يتوهم من المتن أن القرعة شرط لصحة القسمة وليس مرادا كما يفهمه قوله السابق فيجبر الممتنع فتعدل السهام إلى آخره فلم يجعل التعديل إلا عند **الإجبار** ، ومفهومه أن الشريكين لو تراضيا بقسمة المشترك جاز ولو بلا قرعة كما في الشامل والبيان وغيرهما فلو قسم بعضهم في غيبة الباقين وأخذ قسطه فلما علموا قرروه صحت لكن من حين التقرير قاله ابن كبن." (١)

"بالعدالة لانعقاده بالمستورين وتنفيذ القاضي لما شهدا به ما لم يدع شيئا من حقوق الزوجية فلا بد من التزكية ا هـ .فيرد بأن ذلك إنما هو في نكاح غير متنازع فيه وأما المتنازع فيه فلا يثبت إلا بعدلين فتعين ما قالوه قال القمولي ولا يشترط تعيين الشهود إلا إن زوج الولي **بالإجبار** ا هـ وفيه نظر بل لا يصح كما هو ظاهر أما نكاح الكفار فيكفي فيه الإقرار ما لم يذكر استمراره بعد الإسلام فيذكر شروط تقرير .(فرع) ادعت زوجية وذكرت ما مر فأنكر فحلفت ثبتت زوجيتها ووجبت مؤنها وحل له إصابتها ؛ لأن إنكار النكاح ليس بطلاق قاله الماوردي وحل إصابتها باعتبار الظاهر لا الباطن إن صدق في الإنكار (فإن كانت) الزوجة (أمة) أي : بها رق (فالأصح وجوب ذكر) ما مر مع ذكر إسلامها إن كان مسلما و (العجز عن طول) أي : مهر لحرة (وخوف عنت) وأنه ليس تحته حرة تصلح ولو أجابت دعواه النكاح بأنها زوجته من منذ سنة فأقام آخر بينة بأنها زوجته من شهر حكم بها للأول ؛ لأنه ثبت بإقرارها نكاحه فما لم يثبت الطلاق لا حكم للنكاح الثاني." (٢)

".(قوله : وشاهدي عدل) هو شامل لمستوري العدالة لانعقاده بهما ومعلوم أنه وإن صحت الدعوى بذلك لا يحكم به إلا إذا ثبتت العدالة فليراجع .(قوله : وإنما لم يشترط ذكر انتفاء الموانع إلخ) قد يقال إن اعتبرنا ما زاده بقوله السابق نكاحا صحيحا كان في معنى ذكر انتفاء الموانع وسيأتي ما يصرح باعتبار تلك الزيادة .(قوله : إلا إن زوج الولي **بالإجبار**) عبارة شرح الروض ولا يشترط تعيين الولي والشاهدين ولا التعرض لعدم الموانع ؛ لأن الأصل عدمها ولكثرتها ا هـ .(قوله : فأنكر) أي : ونكل كما هو ظاهر وقوله : فحلفت ينبغي أو أقامت بينة." (٣)

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٤٤

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٤/٣٧٧

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٤/٣٧٨

"هو شامل لمستوري العدالة لانعقاده بهما ، ومعلوم أنه وإن صحت الدعوى بذلك لا يحكم به إلا إن ثبتت العدالة فليراجع انتهى .وقضيته أن المراد بالعدالة العدالة الظاهرة وعليه فلا يرد بحث البلقيني بذلك لأنه بناه على أن المراد العدالة الباطنة رشيدي (قوله وأما المتنازع فيه إلخ) فيه أن كلام المصنف في تصوير أصل النكاح لتصحيح الدعوى كما هو ظاهر لا في إثباته بعد التنازع والدعوى فلا يظهر قول الشارح فتعين (قوله إلا إن زوج الولي **بالإجبار**) عبارة شرح الروض أي والمغني والأنوار ولا يشترط تعيين الولي والشاهدين ولا التعرض لعدم الموانع انتهت ا هـ سم (قوله وفيه نظر) أي في الاستثناء (قوله أما نكاح الكفار) إلى الفرع في المغني (قوله وذكرت ما مر) عبارة المغني وإذا ادعت المرأة بالنكاح ففي اشتراط التفصيل وعدمه ما في اشتراطه في دعوى الزوج ولا يشترط تفصيل في إقرارها بنكاح ؛ لأنها ـا تقر إلا عن تحقيق ويشترط تفصيل الشهود بالنكاح تبعا للدعوى ولا يشترط قولهم ولا نعلمه فارقها أو هي اليوم زوجته ا هـ .وفي الأسنى والأنوار ما يوافقه إلا في قوله ولا يشترط قولهم ولا نعلمه إلخ فجريا إلى اشتراط ذلك القول (قوله فأنكر) أي ونكل كما هو ظاهر وقوله فحلفت ينبغي أو أقامت بينة سم عبارة الأنوار والروض مع شرحه ولو ادعت امرأة على رجل النكاح سمعت ، اقترن بها حق من الحقوق كالصداق والنفقة والميراث أو لم يقترن فإن سكت وأصر عليه أقامت البينة." (١)

".(ولو عجل) المكاتب (النجوم) قبل وقت حلولها أو بعضها قبل محله (لم يجبر السيد على القبول إن كان له في الامتناع) من قبضها (غرض) صحيح نظير ما مر في السلم (كمؤنة حفظه) أي : مال النجوم إلى محله ، أو علفه كما بأصله وما قبله يغني عنه ؛ لأنه مثال (أو خوف عليه) لنحو نهب ، وإن كاتبه في وقته ؛ لما في **الإجبار** حينئذ من الضرر وكذا لو كان يؤكل عند المحل طريا قال البلقيني : أو ؛ لئلا تتعلق به زكاة (وإلا) يكن له غرض صحيح في الامتناع (فيجبر) على القبول ؛ لأن للمكاتب غرضا صحيحا فيه وهو العتق ، أو تقريبه من غير ضرر على السيد ولم يقولوا هنا بنظير ما مر آنفا من **الإجبار** على القبض ، أو الإبراء فيحتمل أن يكون هذا كذلك ، وهو ما رجحه البلقيني وحذف هنا للعلم به من ثم وعليه فارق ذلك ما مر في السلم من عدم **الإجبار** على الإبراء بأن الكتابة موضوعة على تعجيل العتق ما أمكن لتشوف الشارع إليه فضيق فيها بطلب الإبراء ويحتمل الفرق لحلول الحق ثم لا هنا (فإن أبى) قبضه لعجز القاضي عن إجباره أو لكونه لم يجده (قبضه القاضي) عنه وعتق المكاتب إن حصل بالمؤدى شرط العتق ؛ لأنه نائب الممتنع كما لو غاب وإنما لم يقبض دين الغائب في غير هذا ؛ لأن

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٨١/٤٤

الغرض هنا العتق ولا خيرة للسيد فيه وثم سقوط الدين عنه وبقاؤه في ذمة المدين أصلح للغائب من أخذ القاضي له ؛ لأن يده عليه يد أمانة ولو أتى به في غير بلد العقد ولنقله إليها مؤنة ، أو كان نحو خوف." (١)

"لم يجبر وإلا أجبر قاله الماوردي .(ولو عجل بعضها) أي : النجوم قبل المحل (ليبرئه من الباقي) أي بشرط ذلك من أحدهما ووافقه الآخر (فأبرأه) مع الأخذ (لم يصح الدفع ، ولا الإبراء) للشرط الفاسد ؛ لأنه يشبه ربا الجاهلية كان أحدهم إذا حل دينه قال لمدينه : اقض ، أو زد ، فإن لم يقضه زاد في الدين ، والأجل فعلى السيد رد المأخوذ ، ولا عتق ، نعم لو أبرأه عالما بفساد الدفع صح وعتق كما بحثه الزركشي كالأذرعي أخذا من كلام المصنف ويجري ذلك في كل دين عجل بهذا الشرطs.(قوله : ولم يقولوا هنا بنظير ما مر)كأنه يريد قول المصنف السابق في مسألة ما لو أتى بمال فقال السيد : هذا حرام ويقال : للسيد تأخذه ، أو تبرئه .(قوله : وهو ما رجحه البلقيني) أي : وجزم به في شرح المنهج فقال : وظاهر مما مر أنه لا يتعين **الإجبار** على القبض بل إما عليه ، أو على الإبراء ويفارق نظيره في السلم وساق الفرق الذي نقله الشارح." (٢)

"(قوله : المكاتب) إلى قول ولو أتى به في المغني إلا قوله : وحذف إلى المتن .

(قوله : قبل محله) بكسر الحاء أي : وقت حلوله نهاية (قوله : أي : مال النجوم إلخ)كالطعام الكثير مغني (قوله : وما قبله) هو قوله : مؤنة حفظه ع ش .

(قوله : يغني عنه) أي عن قول أصله ، أو علفه .

(قوله : لأنه مثال) ولأن حفظه شامل لحفظ روحه ولعل هذا أولى مما قاله الشارح رشيدي .

(قوله : لنحو نهب إلخ) عبارة المغني بسبب ظاهر يتوقع زواله بأن كان زمن نهب أو إغارة ولو كاتبه في وقت نهب ونحوه وعجل فيه لم يجبر أيضا ؛ لأن ذلك قد يزول عند المحل قال الروياني : فإن كان هذا الخوف معهودا لا يرجى زواله لزمه القبول قولا واحدا وبه جزم الماوردي .

اهـ .

(قوله : قال البلقيني إلخ) وهو ظاهر مغني .

(قوله : وهو العتق) أي : إذا عجل جميع النجوم وقوله : أو تقريبه أي : إذا عجل بعضه ع ش .

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٥/٤٥٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٥/٤٥١

(قوله : بنظير ما مر إلخ) أي من أنه إذا أتى المكاتب بمال فقال السيد : هذا حرام ، ولا بينة وحلف المكاتب أنه حلال أجبر السيد على أخذه ، أو الإبراء عنه مغني وسم .

(قوله : فيحتمل أن يكون هذا كذلك إلخ) وهو الأوجه كما جرى عليه البلقيني مغني عبارة النهاية والأوجه كما قاله البلقيني أن يقال هنا بنظيره المار من **الإجبار** إلخ .

(قوله : وهو ما رجحه البلقيني) أي : وجزم به شرح المنهج سم .

(قوله : قبضه) أي والإبراء عنه على ما مر مغني أي : من أن ما هنا كنظيره المار .

(قوله : أو لكونه لم يجده) إن كان." [1]

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٥/٤٥٢